

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE QUELQUES DIFFÉRENCES

DANS L'APPLICATION DU

DROIT DE RÉTENTION

D'APRÈS LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE ET ALLEMANDE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le mercredi 5 juin 1929 à 2 heures

PAR

Nerva André ELEKES

Président : M. ROUAST, professeur.

Suffragants { *MM. LÉVY-ULLMANN, professeur.*
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

—
1929

DE QUELQUES DIFFÉRENCES
DANS L'APPLICATION DU
DROIT DE RÉTENTION
D'APRÈS LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE ET ALLEMANDE

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.**

DE QUELQUES DIFFÉRENCES

DANS L'APPLICATION DU

DROIT DE RÉTENTION

D'APRÈS LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE ET ALLEMANDE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le mercredi 5 juin 1929 à 2 heures

PAR

Nerva André ELEKES

Président : M. ROUAST, professeur.

Suffragants { *MM. LÉVY-ULLMANN, professeur.*
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

—
1929



A MA MÈRE

ABRÉVIATIONS

I. Pour la jurisprudence française ce sont les abréviations courantes.

II. Pour la jurisprudence allemande :

- I. W. . . *Juristische Wochenschrift* édité par le *Deutscher Anwaltsverein*, Berlin.
- L. Z. . . *Leipziger Zeitschrift für Handels-Konkurs und Versicherungsrecht* et à partir de 1914 *Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht*, München.
- O. L. G. . *Die Rechtssprechung der Oberlandsgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts*, édité par B. Mogdan et Falkmann, Berlin-Leipzig.
- R. G. . . *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* édité par les membres de la Haute Cour et du Barreau, Berlin-Leipzig.
- R. G. St. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, édité par les mêmes.
- Seuff. A. *Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten*, München-Berlin.
- Warn . . *Die Rechtssprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts*, en tant qu'elle n'a pas été publiée dans le Recueil officiel de la jurisprudence du Reichsgericht, édité par Dr Otto Warneyer, Leipzig.
-

AVANT-PROPOS

En reprenant dans ce travail la question du droit de rétention, nous n'avons nullement l'intention d'en faire une monographie complète. Le sujet a été trop débattu pour que le besoin d'une nouvelle étude du sujet dans son ensemble se fasse ressentir.

Au surplus, si durant le siècle passé, malgré le grand nombre de monographies de toutes valeurs, le droit de rétention est resté une question épineuse et obscure, il n'en est plus de même aujourd'hui.

Grâce à la remarquable thèse de M. René Cassin sur l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques, soutenue en 1914 devant la Faculté de Paris, l'institution du droit de rétention et sa voisine l'*exceptio non adimpleti contractus*, avec laquelle elle a été trop longtemps confondue, se dégagent avec clarté de l'ensemble du droit français. Le travail de M. Cassin a épuisé la question et, en doctrine tout au moins, il n'y aura pour longtemps plus rien à ajouter.

Les textes du code civil allemand de 1900, qui traitent du droit de rétention sont également connus en France. Ils sont cités comme un modèle de codification, et c'est sans nul doute, grâce aussi à la nouvelle

législation allemande que la nature et les applications du droit de rétention ont été éclaircies en France.

Mais en France, les études portant sur le droit allemand — interrompues pendant plusieurs années par la guerre — sont restées dans leur première phase ; dans la phase de la discussion sur les textes, les travaux préparatoires et les commentaires de la doctrine. Car la jurisprudence n'avait en effet pas encore eu le temps d'appliquer le nouveau code, de combler les lacunes inévitables, inhérentes à toute codification, si bonne qu'elle soit, et de l'adapter au rythme accéléré de la vie pratique.

Or, les efforts du travail de pure doctrine présentent dans la matière du droit de rétention le même caractère que dans beaucoup d'autres domaines. Les auteurs français traitant du droit de rétention selon la loi allemande, ont les yeux fixés sur la lettre des textes, sans se soucier de l'interprétation que leur donne la jurisprudence, qui n'est guère connue en France.

Mais plus que dans tout autre domaine, l'apparence des textes est falacieuse dans le domaine du droit de rétention, et il est impossible de se rendre compte de son champ d'application en Allemagne, sans pénétrer dans les innombrables décisions qui émanent relativement à ce droit, des tribunaux d'outre-Rhin.

Cette considération nous trace notre tâche : nous nous proposons d'étudier principalement l'attitude des tribunaux allemands relative au droit de rétention, et pour prendre une base de comparaison nous ferons dans chaque chapitre un bref exposé parallèle de l'état

de la jurisprudence française sur la question, en nous référant souvent à l'ouvrage de M. Cassin, qui représente l'étude de beaucoup la meilleure sur l'institution et sur la jurisprudence qui en a développé les applications.

Nous ne nous arrêterons pas aux difficultés qui ont reçu une solution identique dans les deux pays ; mais nous insisterons sur celles où les différences sont accentuées, nous chercherons de dégager leur nature et à en expliquer les causes.

Notre tâche sera pleinement atteinte si par ce modeste travail, nous réussissons à éveiller l'attention en France, sur l'étude de la jurisprudence allemande demeurée jusqu'ici au second plan, et presque inaperçue à l'ombre de l'édifice monumental de la doctrine de son pays.

INTRODUCTION

§ 1^{er}. — Les textes du Code civil et la doctrine.

Avant d'aborder la matière proprement dite, qui forme l'objet de notre travail — l'étude du droit de rétention en jurisprudence française et allemande — nous avons jugé indispensable de faire en quelques pages un très bref exposé des différentes conceptions doctrinales, qui ont été émises en France sur notre question, d'en retracer brièvement l'évolution, depuis le vote du Code civil, et de tâcher de dégager l'influence que cette doctrine a exercée sur la jurisprudence.

En effet, tandis qu'en Allemagne, où, au moment de la préparation du Code civil, par suite de l'existence d'une conception unitaire, d'ensemble du droit de rétention, d'une pratique jurisprudentielle plus ou moins ferme, les rédacteurs n'ont eu qu'à codifier les résultats auxquels étaient arrivés les pandectistes, par leur travail plusieurs fois séculaire, et les tribunaux ; en France, le Code civil n'avait en rien résolu la question, et au lendemain de 1804, la théorie du droit de rétention était encore à créer,

Le Code français n'emploie même pas le mot droit de rétention, mais il se borne à accorder, sans systématisation, dans quelques textes isolés, au créancier détenteur de la chose de son débiteur, le droit de la retenir jusqu'à ce qu'il soit payé de sa créance. Voici, dans l'ordre des textes, les dispositions du Code civil, où le droit de rétention est accordé expressément :

L'article 545, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, qui permet à l'exproprié de ne pas se dessaisir de l'immeuble exproprié, tant que l'indemnité d'expropriation ne lui est payée.

L'article 867, accorde la rétention au cohéritier donataire qui fait le rapport en nature d'un immeuble, pour les impenses et améliorations qu'il avait faites sur l'immeuble.

L'article 1612, en vertu duquel le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paie pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement.

L'article 1613, qui est un complément du précédent, et qui dispense le vendeur de la délivrance de l'objet vendu, « quand même il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix ; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme ».

L'article 1673, en matière de vente à réméré, et qui défend au vendeur, usant du pacte de rachat, d'entrer en possession de la chose vendue avant d'avoir payé

le prix principal, les frais et loyaux coûts de la vente, les impenses nécessaires et la plus-value des impenses utiles, texte qui, d'après l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence modernes, ne contient pas, en réalité, un cas d'application du droit de rétention, car c'est en vertu de son droit de propriété que l'acheteur garde la chose ; ce droit ne passe au vendeur qu'au moment où celui-ci aura satisfait à toutes les obligations qui lui incombent en vertu du pacte de rachat.

L'article 1749, qui accorde au fermier ou locataire, expulsé par un nouvel acquéreur de l'immeuble loué, le droit de ne pas quitter les lieux, avant que l'indemnité légale des articles 1743 et suivants, ne lui soit payée.

Et enfin la disposition la plus claire sur le droit de rétention, celle de l'article 1948 en matière de dépôt, qui décide que le dépositaire peut retenir le dépôt, jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt.

Il faut ajouter à ces sept articles du Code civil les articles 306 et 577 du Code de commerce, le premier, qui refuse au capitaine du navire le droit de retenir dans son navire les marchandises transportées faute de paiement du fret, mais lui accorde en revanche la faculté de les déposer en mains tierces, et le second, relatif à la faillite, qui permet au vendeur de retenir les marchandises par lui vendues et non encore livrées au failli.

Et enfin l'article 48 alinéa 1^{er} du livre 1 du Code du travail (numérotage du décret du 12 janvier 1911),

par lequel le mot *droit de rétention* a fait son entrée dans la législation et qui est ainsi conçu : « l'ouvrier détenteur de l'objet par lui ouvré peut exercer le droit de rétention dans les conditions prévues par l'article 570 Code civil ». L'article du Code civil visé par ce texte est celui qui permet au spécificateur de demander le remboursement du prix de la main-d'œuvre, dans le cas où il serait obligé de rendre l'objet sur l'action en revendication du propriétaire de la matière employée. On voit que l'article précité du Code du travail ne fait que compléter — selon la voie tracée par la jurisprudence — l'article 570 Code civil, en accordant, — ce que le Code avait oublié de faire — au spécificateur, le droit de retenir l'objet ouvré pour la garantie de sa créance en remboursement du prix de la main-d'œuvre.

C'est en partant de ces quelques textes qui, comme nous le verrons plus tard, ne visent d'ailleurs pas tous le droit de rétention, mais se réfèrent à deux institutions voisines mais différentes dans leur nature, que les commentateurs ont essayé d'élaborer une théorie générale du droit de rétention, telle qu'ils prétendaient pouvoir la découvrir dans l'esprit du Code Napoléon ; théorie dont ces textes n'étaient que des applications, que le législateur a voulu spécialement relever, et nullement une énumération limitative, qui ne puisse pas être étendue par voie d'analogie, chaque fois que les conditions dans lesquelles la loi avait accordé la rétention dans un cas, seraient réunies dans un autre.

En l'absence d'une théorie générale dans le code,

on a été naturellement porté à recourir au droit romain et surtout à l'ancien droit et on a essayé de découvrir dans les ouvrages des anciens auteurs des précisions sur la matière. Mais, pas plus que dans le Code on n'a pu découvrir dans les coutumes et les anciens auteurs une théorie d'ensemble du droit de rétention. L'ancien droit ne nous a transmis, lui aussi, qu'une énumération de certains cas où le droit de rétention était accordé. On pourrait peut-être découvrir une idée directrice dans ces diverses hypothèses, mais, « ce qui est sûr — selon M. Cassin à qui est due l'étude la plus complète sur l'évolution de notre institution à travers l'histoire — c'est qu'aucun essai n'a été tenté au cours des derniers siècles de notre ancien droit pour coordonner ces solutions, en rechercher le fondement et préciser avec rigueur le champ d'application et les effets du droit de rétention » (1); le même auteur ajoute plus loin : « Chacun (des anciens auteurs) s'est contenté d'expliquer la loi romaine ou l'article de la coutume qu'il avait sous ses yeux » (2).

On s'explique donc que, privés d'un texte général, privés de leur guide habituel — l'ancien droit — les rédacteurs du Code civil n'aient pas formulé de règles précises et que la plus grande anarchie ait régné dans la doctrine et qu'on y trouve représentées les opinions les plus diverses et contradictoires, d'ailleurs toutes appuyées sur les mêmes arguments : l'équité, les prin-

(1) René CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, thèse, Paris, 1914, p. 111.

(2) CASSIN, *op. cit.*, p. 112.

cipes généraux du Code et les précédents historiques, qui, vu leur manque de clarté et de coordination, ont été interprétés par chacun à sa manière, et pour le besoin de la cause qu'il s'était d'avance proposé de défendre.

Le débat a été ardent sur la question de savoir si l'on pouvait étendre par voie d'analogie les dispositions contenues dans ces quelques textes du Code civil en dehors des cas pour lesquels elles ont été prévues, ou s'il fallait les considérer comme des textes de droit strict, ne comportant, comme tels, qu'une interprétation restrictive ; en d'autres termes s'il existait, sinon dans le code, au moins dans son esprit, un droit général de rétention susceptible d'être accordé chaque fois que certaines conditions sont réunies, ou bien s'il n'existait que certains cas limitativement énumérés par la loi, dans lesquels le créancier pouvait retenir une chose de son débiteur, qu'il avait en possession, jusqu'au remboursement de sa créance.

Dans un premier système, défendu, entre autres, par Laurent (1) avec toute la vigueur de son talent, le droit de rétention ne peut être accordé que dans les hypothèses expressément prévues par la loi. « Il nous semble que le silence de la loi — dit Laurent — est déjà très significatif. Si le législateur avait entendu faire du droit de rétention un droit général, ne l'aurait-il pas dit, comme il l'a dit, par exemple, du droit

(1) LAURENT, *Principes de droit civil*, Paris, 1898, 3^e éd., t. XXIX, nos 284-302.

de résolution sous-entendu dans les contrats synallagmatiques » ? et, plus loin : « En effet toute préférence entre créancier est une exception à la règle et le législateur seul peut consacrer des exceptions ; car apporter une exception à la règle, c'est faire la loi, en y dérogeant. Si donc les auteurs du code avaient voulu établir un droit général de rétention, ils l'auraient dit et dû dire en termes formels. »

Pour réfuter les arguments que ses adversaires tiraient de l'histoire et du droit romain, il invoque un argument, qu'on s'étonne de trouver sous la plume d'un si grand jurisconsulte, à savoir que la loi du 30 ventôse an XII a abrogé la loi romaine dans les matières qui sont l'objet du Code civil (1).

En somme, Laurent se tient au texte du code ; il ne veut rien savoir de l'extension du droit de rétention par voie d'analogie ou sous couleur d'équité, car « ces considérations (d'équité) sont à l'adresse du législateur, l'interprète ne peut pas écouter l'équité, il doit obéir aux lois et aux principes qui en découlent » (2).

Ce système restrictif de Laurent, qui a été suivi par peu d'auteurs et qui n'a pas eu non plus une grande influence sur la jurisprudence — on ne trouve que peu de décisions qui l'appliquent et qui s'y réfèrent — est battu en brèche par une série d'auteurs, qui ne veulent aucunement reconnaître un caractère exceptionnel aux textes du code traitant d'une manière expresse de notre question, mais qui prétendent, au contraire,

(1) et (2) LAURENT, *op. cit.*, même passage.

pouvoir découvrir dans le Code Napoléon, un droit général de rétention dominant toutes les matières, et dont les quelques articles, où il en est fait mention, ne constituent que des cas d'application.

Mais, si tous ces auteurs partent du même principe, la généralité du droit de rétention, l'accord est loin de régner entre eux, quand il s'agit de préciser les conditions dans lesquelles il doit être admis, sa nature juridique, son champ d'application, ses effets. Tous sont d'avis que le droit de rétention ne doit pas être admis par cela seul qu'il existe deux créances entre les mêmes parties, ou que le créancier puisse retenir un objet de son débiteur par le seul fait qu'il a une créance contre lui, qu'elle qu'en soit la cause ; il faut plus, il faut qu'un certain lien, une certaine connexité existe entre la créance et la prestation retenue, de manière que l'équité, qui est en somme la source de ce droit, exige que le créancier ne puisse demander le remboursement de sa créance, avant d'avoir accompli la prestation qui lui incombe. La difficulté surgit quand il s'agit de préciser, d'encadrer dans des normes précises cette connexité.

Les premiers auteurs qui avaient écrit sur le droit de rétention croyaient trouver le critérium de la connexité dans ce qu'ils appelaient le *debitum cum re junctum* expression traditionnelle, qui est une émanation de la conception matérielle qu'on se faisait sur la rétention. On raisonnait toujours sur un droit de rétention qui portait sur un objet, chose corporelle et

à l'occasion de laquelle la créance du rétenteur était née.

Mais cette expression du *debitum cum re junctum* n'a pas eu toujours la même signification, et les auteurs l'emploient pour désigner des systèmes bien différents.

Dans une première opinion soutenue par Pret, dans sa thèse qu'il a consacrée au droit de rétention (1) il ne suffit pas que la créance ait pris naissance à l'occasion de la chose retenue, mais il faut qu'elle soit attachée par un lien matériel à cette chose. D'après le système de Pret, il faut qu'il s'agisse d'une confusion d'une partie du patrimoine du débiteur avec la chose à retenir. Selon lui, on ne peut donc exercer la rétention, que si l'on avait fait des impenses, en construisant ou en améliorant le fonds d'autrui ou en transformant une matière, dont on n'était pas propriétaire.

Mais ce système restrictif n'était point suffisant pour expliquer tous les cas de rétention admis par la loi, et les auteurs qui se rattachent au *debitum cum re junctum*, qu'ils appellent aussi simplement « connexité », ne sont pas aussi exigeants que Pret ; ils se contentent d'un lien moins évident que la confusion d'une partie des deux patrimoines. D'après eux (2), le *debitum cum re junctum* se trouve réuni, même

(1) PRET, Du droit de rétention, *Thèse Poitiers*, 1879.

(2) NOT. GLASSON, Du droit de rétention, *Thèse Strasbourg*, 1862 ; GUILLOUARD, *Traité du nantissement et du droit de rétention*, 1895.

si la pertinence matérielle entre la créance et la chose retenue fait défaut. Il suffit que la créance ait pris naissance à l'occasion de la chose, et ils trouvent que le *debitum cum re junctum* existe même dans les hypothèses de l'article 1749 et de l'article 545 du Code civil, par exemple.

Le *debitum cum re junctum* acquiert sous leur plume une telle souplesse, qu'on ne peut plus le reconnaître dans sa forme traditionnelle où il n'était en réalité employé que pour désigner les cas d'impenses matérielles : améliorations et constructions faites sur la chose d'autrui.

MM. Aubry et Rau repoussent et le système restrictif de Laurent, et celui du *debitum cum re junctum* — au moins dans sa forme large — et ils proposent un système transactionnel entre les deux, qui leur paraissent chacun trop absolu.

Selon cette théorie, il faut que la détention de la chose se rattache à un contrat ou à un quasi-contrat, et que la dette ait pris naissance elle aussi à l'occasion de ce contrat ou quasi-contrat. C'est alors seulement qu'on rencontre — à leur opinion — la parfaite analogie avec les hypothèses de rétention admises par la loi (1).

Aubry et Rau considèrent que l'extension du droit de rétention dans les conditions qu'ils proposent se justifie par le principe que les contrats doivent être

(1) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., t. III, n^o 256 bis.

exécutés de bonne foi. Voici leur raisonnement : « Il suit en effet de ce principe que celui qui réclame l'exécution d'une convention ne peut le faire qu'à la condition de remplir de son côté les obligations qu'il a contractées, ou qui sont nées à l'occasion de cette convention. Mais, en dehors des conditions indiquées au texte (détention se rattachant à un contrat et créance issue de ce même contrat) et en l'absence de tout rapport conventionnel ou quasi-contractuel entre les parties, l'analogie disparaît, et l'induction qu'on voudrait tirer des dispositions légales qui reconnaissent le droit de rétention n'aurait plus de base légitime » (1).

Par cette théorie, qui est en somme plus restrictive encore que les autres, le système traditionnel du *debitum cum re junctum* comme fondement unique du droit de rétention, est abandonné, et un pas en avant est fait vers la solution de notre question, car, tandis que, auparavant, tous les auteurs rattachaient le droit de rétention — exclusivement — à la théorie des sûretés, et ne pouvaient pas se débarrasser de la conception matérialiste qui leur avait été suggérée par cette notion malheureuse du *debitum cum re junctum*, Aubry et Rau se rendent compte que le droit de rétention n'est pas étranger à la matière des contrats, et que c'est dans les principes régissant les obligations que son fondement et sa nature juridique doivent être cherchés. Mais, en élaborant leur théorie, ils tombent

(1) AUBRY et RAU, *op. cit.*, p. 189, note 5.

dans l'autre extrême, et ils se voient obligés de nier le droit de rétention dans bien des hypothèses où la connexité matérielle existe, mais où le lien obligatoire fait défaut : les cas d'impenses faites sur la chose d'autrui, lorsque la détention ne se rattachait pas à un contrat ou quasi-contrat. Aussi apportent-ils un tempérament d'équité en faveur du tiers détenteur de bonne foi de la chose d'autrui, et de l'héritier de l'usufruitier ayant fait des réparations qui ne lui incombaient pas, et permettent-ils au juge de subordonner l'exécution de la condamnation en délaissement au paiement des sommes qui lui seraient dues, si le propriétaire de l'immeuble à délaisser ne présente pas de garanties suffisantes de solvabilité (1). Par cette concession même, qu'ils se voient obligés de faire aux partisans du *debitum cum re junctum* — mis de côté comme ayant l'inconvénient d'ouvrir la porte à l'arbitraire du juge — ils avouent implicitement l'insuffisance de leur système.

La jurisprudence a su heureusement tirer profit de cette théorie, elle a fait un large emploi du lien contractuel comme fondement du droit de rétention, mais sans abandonner en même temps ce qui était juste dans celle du *debitum cum re junctum* ; au lieu d'exiger, comme Aubry et Rau, l'existence à la fois du rapport contractuel ou quasi-contractuel et de la connexité entre la créance et la chose retenue, elle s'est contentée d'une seule de ces deux conditions, en dépassant

(1) AUBRY et RAU, *loc. cit.*, *in fine*.

ainsi les résultats auxquels étaient arrivés en particulier les adeptes de chacun de ces deux systèmes extensifs.

Pour achever cet exposé succinct des divers systèmes doctrinaux — nous n'avons d'ailleurs fait mention que des plus importants, ceux qui ont apporté dans le débat un élément nouveau — il nous faut dire encore quelques mots sur une proposition aussi simple que hardie, émise — paraît-il — pour la première fois par M. Colin à son cours et qui, restée isolée en doctrine, a pour elle le grand mérite de conférer au droit de rétention une base textuelle dans le Code civil (1). Il s'agit d'une nouvelle interprétation de l'article 1293, 1^{er} et 2^e alinéas en matière de compensation, en vertu duquel le débiteur ne peut opposer la compensation : 1^o lorsqu'il s'agit d'une demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillée ; 2^o lorsqu'il s'agit d'une demande en restitution d'un dépôt ou d'un commodat. Selon MM. Colin et Capitant, ce texte, qui est presque énigmatique, si on le comprend comme applicable à la compensation, « deviendrait d'une clarté limpide si on lisait « droit de rétention » là où le législateur a écrit « compensation » (2). Et la conclusion est la suivante : le droit de rétention doit être refusé — comme contraire à l'équité — dans les deux hypothèses prévues par cet article, et par argument *a contrario*, le débiteur aurait

(1) COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civ. franç.*, 4^e éd., Paris, 1924, t. II, p. 783, en note.

(2) COLIN et CAPITANT, *loc. cit.*

le droit d'opposer la rétention dans toutes les autres hypothèses. Ce serait ce qu'on appelle le droit de rétention *ex dispari causa*, à la seule condition de l'existence de deux créances réciproques entre les mêmes parties.

Nous ne nous arrêterons pas sur cette théorie, qui établit une assimilation entre les conditions d'exercice de la compensation et celle de la rétention, car, au point de vue qui nous intéresse — l'influence exercée sur la jurisprudence — elle n'a pas d'importance ; on ne trouvera pas de décision judiciaire qui admette le droit de rétention *ex dispari causa* ; la nécessité d'une connexité entre les deux créances est trop entrée dans l'esprit des juges français — et en cela ils ne font que continuer la tradition des anciens parlements — pour qu'ils puissent l'abandonner, en se ralliant à la plus libérale des théories qui aient jamais été émises (1).

§ 2. — Les textes du Code civil allemand (B. G. B.) relatifs au droit de rétention.

A la différence du droit français — où, comme nous venons de le voir, la théorie du droit de rétention ne se trouve pas dans la loi, mais est une création de la doctrine — et à la différence aussi du droit commun

(1) M. BOBES (*Les cas d'application du droit de rétention*, thèse, Paris, 1913) reprend cette théorie et conclut que le juge pourra accorder la rétention chaque fois que l'équité l'exige, sans avoir à tenir compte de la connexité des deux créances.

allemand antérieur au nouveau Code (*Gemeines Recht*), les rédacteurs du Code de 1900 ont essayé d'élaborer une théorie d'ensemble du droit de rétention. Ils ont été précédés dans leur tâche par le Code prussien de 1794 et ils ont été guidés surtout par les résultats auxquels était arrivée la jurisprudence de la Cour suprême de Leipzig ; notamment dans la théorie qui réside à la base même de notre problème, celle de la connexité, ils se sont bornés à consacrer les principes exposés dans un arrêt de ladite Cour de 1885.

Des critiques ont été élevées sur la place qu'occupent dans le Code allemand les articles qui traitent du droit de rétention, et on a observé que leur place aurait dû être non pas dans la partie qui traite du droit des obligations — où ils se trouvent — mais dans la partie générale du Code, pour qu'il soit plus évident encore qu'il s'agit d'une institution régissant l'ensemble du Code, et non pas d'une disposition spéciale au droit des obligations.

Ce sont les articles 273 et 274 qui forment le siège de la matière. L'article 273 est ainsi conçu (1) :

« Si, en vertu du même rapport juridique qui sert
« de fondement à son obligation, le débiteur a contre
« le créancier une prestation qui soit échue, il peut, à
« moins que, d'après le rapport d'obligation, il doive
« en être autrement, refuser la prestation due, jusqu'à

(1) Nous citons tous les textes du B. G. B. (C. civ. all.) d'après la traduction de l'Office de Législations étrangères et de Droit International, avec la collaboration de MM. Bufnoir, Challamel, etc... Paris, 1914.

« ce que la prestation lui revenant ait été effectuée
« (droit de rétention).

« Pareil droit appartient à quiconque est obligé à
« la délivrance d'un objet, lorsqu'il peut faire valoir
« une prétention actuellement échue à raison de
« dépenses faites pour cet objet ou à raison d'un dom-
« mage que ce dernier lui a causé, à moins qu'il ait
« acquis l'objet par suite d'un fait illicite réalisé inten-
« tionnellement.

« Le créancier peut écarter l'exercice du droit de
« rétention par une prestation de sûreté. La presta-
« tion de sûreté qui consisterait en une caution est
« exclue ».

L'article 274, moins important au point de vue juridique et doctrinal, règle une question de procédure : les effets du droit de rétention dans le procès.

Article 274. « A l'encontre de l'action du créancier,
« la mise en œuvre du droit de rétention produit uni-
« quement cet effet que le débiteur doit être condamné
« à fournir la prestation contre réception de la pres-
« tation qui lui revient (exécution trait pour trait).

« Sur le fondement d'une condamnation de cette
« nature, le créancier peut, sans effectuer la presta-
« tion qui lui incombe, poursuivre sa prétention par
« voie d'exécution forcée, lorsque le débiteur est en
« demeure d'accepter ».

Pour avoir une vue d'ensemble sur la matière, et pour ne pas croire — comme on pourrait être tenté de le faire en lisant l'expression « du même rapport juridique » — que l'alinéa 1 de l'article 273 vise unique-

ment la situation de deux personnes liées par un contrat, il faut ajouter à ces deux textes celui de l'article 320, spécial aux contrats synallagmatiques, et qui est ainsi rédigé :

« Quiconque est obligé en vertu d'un contrat synallagmatique peut refuser la prestation qui lui incombe, jusqu'à ce que la contre-prestation soit effectuée, à moins qu'il ne soit obligé d'exécuter le premier. Si la prestation doit être faite à plusieurs, la part revenant à l'un d'eux en particulier peut lui être refusée jusqu'à ce que soit effectuée la contre-prestation dans son entier. La disposition de l'article 273 alinéa 3 ne reçoit pas application.

« Si, de l'un des deux côtés, la prestation a été fournie pour partie, la contre-prestation ne peut pas être refusée dans la mesure tout au moins où, d'après les circonstances et en particulier à raison du peu d'importance relative de la partie qui reste à fournir, ce refus constituerait une atteinte à la loyauté et la confiance réciproque ».

Le complément procédural de cet article est l'article 322, analogue à l'article 274 en matière de rétention.

§ 3. — L' « *exceptio non adimpleti contractus* »
et le droit de rétention.

A. *Leur confusion en France.*

Si aucun des critères proposés par la doctrine française n'a été suffisant pour expliquer tous les cas

de droit de rétention visés par la loi, c'est parce que les auteurs sont partis de l'idée que, dans toutes ces hypothèses, il s'agissait d'un droit de rétention unique reposant sur le même principe, et que la discrimination entre les deux institutions visées séparément par les articles 273 et 320 B. G. B. n'avait pas encore été faite.

Cette confusion est d'ailleurs explicable, car, en lisant les deux textes précités, on s'aperçoit qu'ils présentent l'un avec l'autre beaucoup d'analogie : élaborations de l'*exceptio doli* romaine, les deux institutions confèrent au débiteur le droit de refuser une prestation ou la délivrance d'une chose, tant que le créancier n'aura pas satisfait aux obligations qui lui incombent, et elles aboutissent toutes les deux à une exécution trait pour trait.

Nous verrons pourtant que le droit de rétention de l'article 273 et l'*exceptio non adimpleti contractus* de l'article 320 — quoique aboutissant finalement au même résultat — sont deux choses différentes, reposant chacune sur un fondement distinct, et que leur séparation est imposée non seulement par l'intérêt d'une bonne méthode, mais par les principes différents qui sont à leur base.

Leur confusion a été la principale cause du désarroi, qui a régné en France sur la matière de la rétention. Ce n'est que récemment, sous l'influence des études de droit comparé et notamment pendant la période d'élaboration du B. G. B., — où, comme nous l'avons vu, les deux questions sont traitées séparé-

ment dans deux articles distincts — qu'on s'est rendu compte qu'on ne pouvait pas trouver un critérium unique pour les divers cas de rétention, mais qu'il fallait recourir à deux principes, et distinguer d'un côté les cas de droit de rétention qui se rattachent au principe de l'exécution trait pour trait dans les contrats synallagmatiques, et, de l'autre côté, ceux qui reposent sur la simple connexité entre la créance et la chose retenue.

C'est Labbé qui a fait le premier cette distinction (1); mais, sans s'apercevoir qu'il s'agit de deux choses distinctes, il ne fait que distinguer deux séries de cas d'application du même droit de rétention.

L'auteur grâce auquel la notion de l'exécution trait pour trait de deux obligations issues du même contrat synallagmatique a été exposée et répandue en France est M. Saleilles, qui analysa, dans son livre sur la théorie de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand, le système adopté par les rédacteurs du B. G. B. à cet égard (2).

Les auteurs ont repris cette théorie; ils ont cherché à l'appliquer au droit français, mais sans trouver le moyen d'adapter d'une manière harmonieuse cette

(1) LABBÉ, note sous Req. 13 mai 1861, Palais, 61, 657.

(2) SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil pour l'empire allemand*, 3^e éd., 1914 et *Les théories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement, lorsque son adversaire de son côté n'exécute par ses engagements* (Annales du droit commercial, 1892, p. 287 et 1893, pp. 24, 97, 175).

notion intrusive de l'exécution trait pour trait au tronc unitaire de la théorie de l'obligation du droit français.

Ce n'est que depuis la savante étude précitée de M. Cassin que l'*exceptio non adimpleti contractus* a été fondue dans l'ensemble du droit français. Ce principe nouveau de l'exécution trait pour trait dans les rapports synallagmatiques, emprunté au Code allemand, a été reconnu applicable également en droit français.

Par une étude attentive de l'ancien droit, M. Cassin a pleinement prouvé que cette notion n'était pas étrangère à l'esprit du Code français ; au contraire, en analysant d'une manière approfondie la jurisprudence, il a démontré que, sans recourir au principe de l'exécution simultanée de deux obligations corrélatives, engendrées par le même contrat, les solutions données par les tribunaux français dans bien des hypothèses seraient incompréhensibles.

Nous n'insisterons pas davantage sur cette étude, tellement connue, qu'il est inutile de s'y arrêter ; les résultats ont été unanimement accueillis par la doctrine, et l'existence en droit français du principe de l'exécution trait pour trait dans les contrats synallagmatiques — jadis niée par Laurent (1) — ne fait plus de doute aujourd'hui.

Si l'on est maintenant unanimement d'accord, en France, que les deux hypothèses de rétention doivent

(1) LAURENT, t. XXIX, n° 293.

être — comme en Allemagne — soigneusement distinguées, que la prétendue unité du droit de rétention est une chose du passé, l'accord n'est pas encore fait, et des différences d'opinion surgissent, quand il s'agit de tracer la limite entre ces deux institutions voisines sans doute, mais différentes quant à leur fondement et à leur nature.

Il y a sur cette question deux opinions, l'une défendue par M. Cassin dans le même ouvrage, et l'autre soutenue par M. Capitant dans son étude sur la cause des obligations.

D'après la première, le droit de rétention doit être restreint aux seules hypothèses de connexité matérielle, d'impenses faites sur et pour la chose, et, ce droit ainsi restreint, M. Cassin l'appelle droit de rétention réel, produisant à l'égard des tiers les mêmes effets qu'un droit réel. Il faut ranger au contraire sous la dénomination d'*exceptio non adimpleti contractus* toutes les exceptions opposées à l'action du créancier par le débiteur qui peut faire valoir contre celui-là une créance issue soit du même contrat, soit d'un contrat distinct, soit enfin en dehors de tous liens contractuels, mais se trouvant dans un rapport de connexité avec la dette qui est à sa charge.

M. Capitant s'élève contre cette extension arbitraire de l'*exceptio non adimpleti contractus*. Dans le cadre plus large de ses études sur le rôle de la cause dans les

(1) CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1927, 3^e éd., nos 128 et s.

contrats synallagmatiques, il démontre, par de fines analyses psychologiques, que l'*exceptio non adimpleti contractus* puise son fondement dans la volonté des parties, en ce sens qu'elle peut être exercée parce que chacune des parties n'a entendu contracter que dans la conviction que l'autre exécutera l'obligation qu'elle a assumée ; ce serait méconnaître la nature juridique intime de cette exception, que de l'appliquer là où la volonté des parties ne l'avait nullement prévue. Ce lien étroit de cause n'existe qu'entre les obligations principales issues du même contrat synallagmatique parfait ; c'est donc à eux seuls que l'*exceptio non adimpleti contractus* doit être restreinte. On peut assimiler à un contrat synallagmatique parfait la situation qui naît de l'anéantissement d'un pareil contrat préexistant, non pas toutefois quelle que soit la cause de cette annulation, mais seulement quand elle est l'effet de la volonté des parties ; notamment la suite du jeu d'une condition résolutoire insérée par elles dans le contrat, ou l'effet d'une résiliation d'un commun accord. Pour tous les autres cas de rétention — et les hypothèses qui peuvent en engendrer sont sans limite — et notamment pour ceux issus de contrats unilatéraux, d'obligations de restituer à la suite d'un contrat nul, ou de quasi-contrats, il faut revenir au droit de rétention — même s'il fallait élargir son cadre —, car l'*exceptio non adimpleti contractus* n'a rien à voir dans ce domaine (1).

(1) CAPITANT, *De la cause*, p. 280, en note.

Ce qui a déterminé M. Cassin à élargir le champ d'application de l'*exceptio non adimpleti contractus* au détriment du droit de rétention proprement dit, c'est qu'il ne veut pas admettre une catégorie intermédiaire de rétention, entre l'*exceptio non adimpleti contractus* et la rétention fondée sur la connexité matérielle, catégorie similaire à celle prévue par l'article 273 alinéa 1^{er} du B. G. B. (1). Nous tâcherons de démontrer, en traitant de l'opposabilité aux tiers du droit de rétention, que le Code allemand ne l'a pas créée non plus, et que les deux cas de rétention visés par chacun des deux premiers alinéas dudit article concernent le même droit, avec les mêmes effets ; en un mot que c'est seulement la nature de la connexité qui diffère.

B. *Distinction de l'exceptio non adimpleti contractus et du droit de rétention en Allemagne (intérêt pratique de cette distinction).*

Si, en France, cette discussion est restée dans le domaine de la théorie, en Allemagne il n'en est pas de même, car, entre l'*exceptio non adimpleti contractus* et le droit de rétention proprement dit, il y a dans ce pays d'importantes différences et une soigneuse séparation s'impose non pas seulement aux théoriciens, mais surtout aux praticiens.

1) D'abord, rien qu'en lisant les deux articles (273 et 320) on s'aperçoit que le droit de rétention de l'arti-

(1) CASSIN, *op. cit.*, p. 454.

de 273 peut être écarté si des sûretés suffisantes sont offertes, mais que l'article 320 refuse en termes exprès cette possibilité pour l'ex. n. a. c. Ce n'est pas sans justification logique que la prestation de sûreté est défendue dans les contrats synallagmatiques parfaits. Dans ces derniers les deux obligations issues d'un même contrat sont nées en même temps ; l'accomplissement de la prestation de l'une des parties a été la cause de l'autre obligation ; un lien intime les unit dès leur naissance, et il ne cesse d'exister qu'au moment où toutes les deux sont exécutées.

Toute autre est la situation dans le domaine du droit de rétention proprement dit. Il peut y avoir deux obligations existant entre les mêmes parties ; notre conviction intime nous dit que ces obligations sont dans un certain rapport de connexité, non pas que l'existence de l'une soit conditionnée par l'existence de l'autre, mais parce qu'il serait seulement contraire à l'équité que l'une des parties fût obligée d'exécuter sa propre obligation avant que l'autre n'eût exécuté celle qui lui incombe.

Dans les contrats synallagmatiques parfaits — car c'est à eux seuls que, dans notre opinion aussi, l'ex. n. a. c. doit être restreinte — par le fait que l'une des parties n'exécute pas son obligation, l'existence même du contrat est en jeu ; le refus d'exécution peut ne pas rester — comme en matière de rétention — une mesure provisoire, mais il pourra, si le refus de l'autre partie se prolonge indéfiniment, devenir le prélude de l'action en résolution, et alors la situation d'attente

deviendra définitive. Dans un contrat synallagmatique parfait, chaque partie ne s'est obligée qu'en sachant qu'elle recevra la contre-prestation ; le paiement du prix a été la cause qui a déterminé le vendeur à vendre, le transfert de la propriété de la chose à déterminer l'acheteur à consentir le prix ; obliger l'une des parties à se contenter d'une sûreté, et la priver ainsi de la prestation stipulée dans le contrat et en vue de laquelle elle a consenti à contracter, serait aller à l'encontre de la volonté des parties, et méconnaître la véritable nature des contrats synallagmatiques.

On ne peut plus raisonner de la même manière, quand on n'est pas en présence de deux obligations nées du même contrat synallagmatique parfait, mais simplement quand il s'agit de deux créances existant entre les mêmes personnes, créances qui ont peut-être une certaine parenté juridique entre elles, mais sans qu'on puisse dire comme tout à l'heure que l'accomplissement de l'une d'elles est conditionné par l'exécution de l'autre. Il peut y avoir notamment deux obligations nées à des époques différentes, mais relatives à la même opération, comme par exemple les obligations accessoires qui peuvent naître d'un contrat (obligation de garantie, obligation de restituer les frais du contrat ou les impenses faites sur la chose après la vente, mais avant la délivrance). Toutes ces obligations sont nées à l'occasion du même contrat mais ce n'est pas leur accomplissement qui est la cause de l'obligation principale de la partie adverse (1).

(1) En Allemagne, doctrine et jurisprudence distinguent dans

En Allemagne on a saisi cette différence, et le B. G. B. a su faire cette distinction entre les deux catégories d'obligations connexes. Quand le problème s'est posé de tracer la limite entre l'ex. n. a. c. et le droit de rétention, on l'a fait conformément au critérium qui est en France celui de M. Capitant, et on a restreint le domaine d'application de l'exception pour inexécution aux seules obligations principales nées des contrats synallagmatiques parfaits.

Des doutes pourraient s'élever sur la question de savoir dans quelle catégorie il faut ranger les contrats synallagmatiques imparfaits — dépôt, mandat non salarié, gage — qui engendrent toujours une obligation principale sanctionnée par l'action directe du contrat, et éventuellement une action contraire.

Nous approuvons sans hésiter le système allemand restrictif de l'ex. n. a. c., et nous sommes d'avis que l'exception opposée par le débiteur dans un contrat synallagmatique imparfait, à cause des prétentions qu'il peut avoir contre son créancier, est un cas de droit de rétention proprement dit et non pas d'ex. n. a. c.

Les deux obligations sont nées, il est vrai, du même contrat, mais le lien intime de réciprocité qui se rencontre dans les contrats synallagmatiques parfaits fait défaut. Le corollaire de l'ex. n. a. c., l'action en réso-

chaque contrat synall. parfait les obligations accessoires de l'obligation principale qui est seule équivalente de la contre-prestation et elles n'accordent que pour celle-ci l'ex. n. a. c. (ENNECCERUS, t. I, 2, § 327 et CASSIN, p. 452, en note).

lution, ne peut pas être exercé, car le droit de rétention ne jouera qu'à la fin du contrat, et son rôle sera uniquement de garantir au rétenteur que la créance qu'il a contre son créancier sera payée. En admettant que ce droit de rétention — dans sa fonction de sûreté — soit écarté par une sûreté supérieure, on ne méconnaît pas, comme pour l'ex. n. a. c., la volonté des parties ; on ne peut pas dire, au sujet d'un mandat par exemple, que le mandataire s'est engagé à l'exécution du mandat dans le but que les dépenses qu'il aura faites au cours du mandat lui soient remboursées à la fin de sa mission. La cause de son obligation a été autre : elle a été le désir de rendre service au mandant, de se créer des relations parmi les connaissances du mandant ou toute autre chose ; et le mandataire sera satisfait si cette sûreté incomplète qu'est le droit de rétention est remplacée à son profit par une autre plus complète, qu'il pourra saisir et vendre pour se payer sur la chose.

Dans le cas de deux obligations simplement connexes, les deux créances qui sont opposées l'une à l'autre ne sont que rarement dans un rapport d'équivalence, comme cela arrive toujours dans les obligations issues d'un contrat synallagmatique parfait, où les deux prestations à fournir ont, sinon objectivement, au moins aux yeux de chacun des contractants, la même valeur, car, dans un contrat onéreux, chaque partie cherche à profiter de l'opération qu'elle réalise.

En offrant des sûretés, on peut éviter la situation fâcheuse de se voir refuser le paiement d'une créance,

à cause d'une dette notablement inférieure à la créance dont le paiement est refusé, tandis que, si cette possibilité n'est pas offerte, on transformera en source d'injustice cette institution d'équité, que devrait être la rétention, en donnant au débiteur malhonnête la possibilité de retenir sa prestation pour une contre-prestation beaucoup moins importante, que le créancier serait, peut être par un juste motif, momentanément empêché de fournir.

2) Une deuxième différence pratique entre l'exception n. a. c. et le droit de rétention, d'après la législation allemande, consiste dans leurs effets différents en cas de faillite du débiteur. Les textes de la loi sur la faillite régissant la matière sont énigmatiques, mais — comme nous le verrons dans le chapitre consacré à cette question — la jurisprudence est ferme pour dénier l'opposabilité du droit de rétention à la masse des créanciers, et n'accorder un droit de distraction que d'une manière exceptionnelle et dans une mesure très restreinte, dans un seul cas expressément prévu par la loi. Quant à l'ex. n. a. c., l'article 17 de la même loi admet qu'elle puisse être opposée au syndic par celui qui est obligé en vertu d'un contrat synallagmatique, qui n'a pas encore reçu d'exécution.

En France cette seconde différence n'existe pas non plus ; la jurisprudence admet l'opposabilité de tout droit de rétention dans la faillite du débiteur (1) sans

(1) C'est d'ailleurs aussi la solution allemande quant au droit de rétention spécial entre commerçants ; mais le champ d'appli-

distinguer entre l'ex. n. a. c. et le droit de rétention. C'est pour cela que nous disions que, pour le moment — faute d'une réglementation de la déconfiture civile —, la distinction entre ces deux exceptions n'est que d'ordre théorique.

Après ces brèves explications sur la distinction qui s'impose entre l'ex. n. a. c. et le droit de rétention, — que nous avons jugé nécessaire de donner, d'un côté pour éviter tout malentendu, vu que la jurisprudence française groupe les deux hypothèses sous le nom générique de « rétention », et, de l'autre côté, pour délimiter le champ de nos investigations — nous quittons l'ex. n. a. c., ainsi restreinte aux seuls contrats synallagmatiques parfaits, pour nous limiter au cadre plus étroit de notre sujet, à savoir l'étude du droit de rétention proprement dit.

Nous insisterons surtout sur ce qui est la pierre angulaire de la question, l'étude de la connexité comme condition indispensable à l'admission du droit de rétention.

cation de celui-ci est beaucoup moins large, quant à son objet, que celui du B. G. B.

CHAPITRE PREMIER

LA CONNEXITÉ JURIDIQUE

§ 1. — Aperçu sur l'évolution de la jurisprudence française.

Quand on essaye de faire une analyse de la jurisprudence française sur le droit de rétention, on se heurte, plus que dans tout autre domaine, au manque de cohésion qui existe entre les diverses solutions qu'elle a données. On y trouve représentées les opinions les plus diverses, car le juge, ne consultant que la loi de sa conscience, accorde ou refuse le droit de rétention selon que l'équité le commande et, pour toute décision — restrictive ou extensive —, il trouvera toujours dans la doctrine si peu uniforme de prétendus principes pour l'appuyer.

Il nous paraît tout de même erroné d'affirmer avec M. Bobes (1) qu'on puisse distinguer une première période où la jurisprudence a « constamment consacré le système restrictif de Laurent, et qu'elle ait décidé avec cet auteur que le droit de rétention ne pourra être invoqué que dans les hypothèses expressé-

(1) BOBES, *op. cit.*, p. 135.

ment prévues par les textes ». Il y a eu, sans doute, au cours du siècle dernier, certains arrêts (1) qui partent de ce principe, mais ils ne constituent qu'une infime minorité et ils se perdent dans la masse de ceux qui donnent des solutions extensives, en se fondant sur le principe d'un droit général de rétention, qui doit être accordé, chaque fois que certaines conditions sont réunies.

La jurisprudence a été, dès le commencement, acquise à la thèse qui dénie le caractère de textes de droit strict aux quelques articles du code qui traitent de la rétention, et les contradictions auxquelles nous faisons allusion tout à l'heure n'étaient relatives qu'à l'étendue du champ d'application de ce droit.

M. Cassin (2) qui a accompli le dur labeur d'apporter de la lumière, et de faire une systématisation des applications respectives du droit de rétention et de l'ex. n. a. c., d'après la pratique des tribunaux français, distingue, dans l'histoire de cette jurisprudence, deux périodes presque égales, dont la première finit vers 1860.

1° Pendant la première, fortement pénétrés par la conception matérialiste de la rétention, les tribunaux ne voient de véritables cas d'application de ce droit que dans les hypothèses où des impenses matérielles ont été faites sur une chose corporelle, et c'est surtout

(1) Bastia, 2 février 1846, S. 48. 2. 10 ; Rennes, 3 juillet 1858, S. 59. 2. 170 ; Chambéry, 8 février 1875, S. 76. 2. 323 ; Lyon, 1878, S. 78. 2. 201.

(2) CASSIN, *op. cit.*, pp. 150 à 190.

sur l'extension de l'article 867 (cohéritier donataire tenu au rapport) qu'ils fondent leurs décisions.

C'est dans cet ordre d'idées que le bénéfice du droit de rétention est accordé au façonnier (1) sur l'objet ouvré, jusqu'au remboursement du prix de sa main-d'œuvre et, comme le remarque M. Cassin (2), « cette extension a été faite par la jurisprudence, sans qu'elle se préoccupe de savoir si la créance est née à l'occasion d'un contrat ou en dehors de tout lien obligatoire synallagmatique », mais elle y est arrivée par un argument *à fortiori* tiré de l'article 2102, 3°, qui confère un privilège à celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose d'autrui, et par l'article 570, qui ne consacre d'ailleurs pas formellement un droit de rétention.

C'est pendant cette même période que la jurisprudence a reconnu le droit de rétention au possesseur de bonne foi de l'immeuble d'autrui, pour les créances que lui confère l'article 555 du Code civil pour le remboursement de ses impenses et de la valeur des constructions, qu'il a élevées (3).

Enfin elle a muni d'un droit de rétention la créance que l'article 2175 du Code civil accorde au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué obligé de subir l'ex-

(1) Req. 13 mai 1861, S. 61. 1. 865; Rouen, 18 juin 1825, S. chronol. 8. 2. 96; Civ. 9 décembre 1840, S. 41. 1. 33; Colmar, 7 mai 1842, S. chronol. 4. 2. 55.

(2) CASSIN, *op. cit.*, p. 152.

(3) Rennes, 8 février 1841, S. 41. 2. 453; Rouen, 18 déc. 1856, S. 57. 2. 558; Bastia, 9 juill. 1858, S. 58. 2. 404.

propriation, pour le remboursement de la plus-value qu'il a conférée à l'immeuble par ses impenses (1), solution qui, après avoir été adoptée — jamais unanimement d'ailleurs (2) — est abandonnée aujourd'hui et remplacée — comme nous le verrons — par un moyen plus efficace, à savoir un droit de distraction sur le prix de la vente de l'immeuble (3).

2° Dans la deuxième période, les tribunaux ne se rattachent plus, comme tout à l'heure, à la pertinence matérielle entre la chose retenue et la créance, mais ils accordent le droit de rétention dans diverses hypothèses où il n'existe qu'une connexité d'origine entre les deux, qu'ils retrouvent d'habitude dans un rapport contractuel qui existe ou avait existé entre les parties.

Tandis que, dans la première période, on procédait par l'extension des articles 867 et 570, dorénavant c'est l'article 1948 en matière de dépôt qui est étendu par voie d'analogie à d'autres contractants qui se trouvaient dans une situation plus ou moins analogue, mais auxquels la loi n'avait pas expressément accordé la rétention.

Les principales extensions dans cet ordre d'idées concernent les mandataires (légaux et conventionnels) (4) quant aux choses qui leur ont été confiées

(1) Pau, 9 août 1837, Palais, 38. 2. 303 (solution implicite).

(2) Bastia, 2 fév. 1846, D. 46. 2. 109.

(3) V. ch. IV. Effets du droit de rétention à l'égard des tiers.

(4) Montélimar, 6 mars 1868, S. 68. 2. 120; Bordeaux, 7 février 1866, S. 66. 2. 184; Civ. 17 janv. 1866, S. 66. 1. 92; Pau, 20 juil. 1892, S. 93. 2. 8; Orléans, 20 juil. 1899, S. 00. 2. 136.

pour l'exécution de leur mission, et le façonnier et l'ouvrier (1) qui ont réparé ou amélioré la chose d'autrui et qui sont reconnus fondés à retenir, pour la garantie du prix de leur travail, même les matières qui n'ont pas encore été travaillées par eux, mais qui leur ont été remises en vertu du même contrat.

A la situation du mandataire fut assimilée celle du gérant d'affaires, auquel le droit de rétention sur la chose gérée fut reconnu non seulement jusqu'au remboursement de ses avances proprement dites, mais aussi pour le paiement des honoraires auxquels il avait droit pour sa gestion (2).

De nombreuses décisions ont été enfin rendues relativement à la restitution de prestations faites en exécution de contrats nuls — quelle que fût la cause de cette nullité — et la Cour de cassation, pour suppléer au défaut de contrat, qui devrait exister à ses yeux pour justifier une exécution simultanée, recourt à la fiction d'un second contrat, s'il s'agit d'une révocation conventionnelle (3); ou fonde sa décision, — en cas de résolution judiciaire — sur l'idée de la connexité, au sens juridique large de ce mot, entre les deux prestations à faire.

(1) Req. 25 fév. 1878, D. 78. 1. 302; Lyon, 25 mars 1871, S. 71. 2. 145; Douai, 25 nov. 1924, S. 22. 2. 25 et la note de M. Cassin.

(2) Civ. 25 janv. 1904, D. 04. 1. 601 et la note de M. Guénée.

(3) Civ. 27 juil. 1892, S. 93. 1. 67.

§ 2. — Etat actuel de la jurisprudence en France.

Il résulte de cet exposé historique — emprunté à M. Cassin — que la jurisprudence française n'a pas suivi aveuglement les enseignements de la doctrine ; qu'elle ne s'est point ralliée sans réserve à l'un des systèmes proposés par les auteurs, mais que, par une évolution lente — échelonnée sur presque un siècle — en procédant par extension des textes du Code civil plutôt que par l'affirmation d'un système préconçu, elle est arrivée à accorder le droit de rétention dans deux séries d'hypothèses correspondant chacune à l'une des deux périodes qu'on peut distinguer dans son évolution.

A) Elle trouve d'abord que le droit de rétention doit être accordé, en cas de connexité matérielle entre la créance et la chose retenue, dans les situations analogues à celle de l'héritier donataire tenu au rapport en nature de l'immeuble, situation visée par l'article 867 et la principale application qu'elle fait de ce principe est relative au possesseur de la chose d'autrui qui a fait des impenses sur elle (art. 555 et 570 C. civ.).

Nous ne traiterons pas pour le moment cette question car nous lui consacrerons un chapitre entier en étudiant la connexité matérielle.

B) Dans une deuxième série d'hypothèses, où le droit de rétention est accordé, la pertinence matérielle entre la créance et la chose retenue fait défaut. La jurisprudence admet tout de même que le débiteur

peut retenir les choses de son créancier si elles sont arrivées en sa possession à l'occasion du même contrat ou du quasi-contrat duquel est née sa créance. La connexité matérielle est remplacée par une connexité juridique : le lien contractuel ou quasi-contractuel qui existe entre les parties.

La plupart des arrêts dans cet ordre d'idées se réfèrent à des mandataires, gérants d'affaires, agents de change, huissiers, avoués, notaires, qui peuvent retenir les choses qui leur ont été confiées par leurs clients à l'occasion de la même opération de laquelle est née leur créance en remboursement des avances et en paiement des honoraires.

Si la jurisprudence paraît fixée maintenant, et admet le droit de rétention des mandataires pour toutes les créances qu'ils ont contre leurs mandants, et portant sur toutes les choses qui sont en leur possession à l'occasion du même contrat, il n'en a pas été toujours ainsi.

L'évolution s'est accomplie par étapes ; elle s'est opérée d'abord en ce qui concerne les objets qui pouvaient être retenus ; ensuite, relativement aux créances en garantie desquelles le droit de rétention pouvait être exercé.

Le principe seul du *debitum cum re junctum* aurait suffi pour justifier l'exercice du droit de rétention sur les pièces au sujet desquelles un avoué, notaire, huissier avait lui-même instrumenté et qu'il retenait jusqu'au remboursement de ses avances, car en réalité ces pièces étaient l'œuvre même du rétenteur, et sa

situation était analogue à celle dans laquelle se trouvait celui qui avait réparé ou amélioré la chose d'autrui. Aussi la jurisprudence a-t-elle admis de bonne heure le droit de rétention portant sur les pièces instrumentées par l'officier ministériel même (1).

Elle avait appliqué le même principe qui lui a permis d'accorder le droit de rétention au tuteur qui avait fait des améliorations sur l'immeuble de son pupille, non pas pour le remboursement de toutes les créances qu'il avait contre son ex-pupille, mais seulement pour la créance issue des améliorations mêmes (2).

Mais la jurisprudence ne s'est pas arrêtée là. Quoique la résistance des tribunaux ait été assez forte (ils ne voulaient rien savoir d'un droit de rétention exercé sur les pièces et titres remis au notaire ou à l'avoué, et pour la régularisation desquels ils n'avaient fait aucune avance) (3), la Cour de cassation ne fait plus aucune distinction et elle accorde le droit de rétention sur tous les titres qui ont été confiés à l'avoué à l'occasion de la même affaire. Et pour pouvoir s'appuyer sur le texte de l'article 1948, la Cour pose le principe que « tout mandat renferme implicitement un contrat de dépôt » (4).

La rétention des titres instrumentés par un officier

(1) Paris, 25 août 1849, S. 49. 2. 491 ; Agen, 23 mai 1851, S. 52. 2. 111 ; Rouen 12 déc. 1851, S. 53. 2. 299 ; Montélimar, 6 mars 1868, S. 69. 2. 237.

(2) Bordeaux, 14 janv. 1830, S. 30. 2. 105.

(3) Paris, 25 août 1849, S. 49. 2. 491 précité.

(4) Civ. 10 août 1870, S. 70. 1. 398.

ministériel, pour le remboursement des avances faites pour leur instrumentation a été admise de bonne heure (1). Mais la jurisprudence a été longtemps divisée sur la question de savoir si le droit de rétention exercé sur les choses, titres et pièces confiés à un mandataire pour l'accomplissement de sa mission garantissait aussi sa créance en paiement de ses honoraires ?

On s'éloignait trop du *debitum cum re junctum*, et le lien de pertinence matérielle entre la créance et la chose retenue devenait de plus en plus invisible (2). C'est pourtant la solution affirmative qui a prévalu en jurisprudence (3) et par cela même, le dernier vestige du *debitum cum re junctum* a disparu dans les affaires de mandat, et il ne restait plus pour justifier la connexité, que la convention intervenue entre les parties. Les quelques arrêts en sens contraire, qui ont été rendus dans ces derniers temps, ne contestent plus le principe en lui-même ; ils se bornent à invoquer certaines considérations de délicatesse professionnelle, notamment quand il s'agit d'avoués, « qui doivent observer la réserve et la modération, auxquelles ils sont tenus comme officiers ministériels » (4).

(1) Rouen, 11 février 1870, S. 70. 2. 333 ; Bordeaux, 14 mai 1879, S. 79. 2. 207.

(2) Bordeaux, 7 février 1866, S. 66. 2. 184 et not. Alger, 31 déc. 1908, S. 10. 2. 14.

(3) Dijon, 27 janvier 1887, S. 88. 2. 82 ; Trib. civ. Seine, 1^{er} fév. 1894 sous Req. 15 juillet 1896, S. 97. 1. 269 ; Aix, 14 juin 1905, S. 06. 2. 99.

(4) Req. 17 juin 1914, S. 20. 1. 201 et la note critique de M. Naquet.

C'est en vertu de la même connexité fondée sur le contrat que les voituriers et les hôteliers peuvent renforcer par un droit de rétention le privilège qui leur est accordé par l'article 2102, 5° et 6° C. civ. (1).

Le façonnier peut retenir non seulement les matières, qu'il a déjà travaillées — et pour lesquelles il aurait pu invoquer le bénéfice du *debitum cum re junctum* fondé sur la connexité matérielle —, mais même celles qu'il détient à l'état originaire, et qui lui ont été remises en vertu du même contrat. Mais nous réservons l'étude de cette question particulièrement délicate pour le chapitre suivant.

La Cour d'Amiens (2) accorde le même droit au chef d'orchestre sur les partitions qui lui ont été remises en exécution du contrat qui venait d'être résilié, et M. Glasson dans sa note au Sirey, approuve la Cour de cassation (3) qui reconnaît à l'architecte le droit de retenir les mémoires et les plans qu'il avait élaborés.

Nous avons vu que la jurisprudence admet la survivance, le prolongement de la connexité juridique entre deux prestations dues à la suite d'un contrat nul, et admet que chacune des parties peut se refuser à accomplir sa prestation avant que l'autre se soit elle-même libérée (4). Mais il ne faut pas croire que dans

(1) Trib. civ. Seine, 31 janv. 1913, *Gaz. trib.*, 1913, I. 2. 139.

(2) Amiens, 13 juin 1901, D. 01. 2. 412.

(3) Req. 19 juillet 1904, S. 09. 1. 133 et la note de M. Glasson.

(4) Trib. Vervins, 14 août 1885, S. 85. 2. 20 ; Trib. Saint-Denis de la Réunion, 22 mars 1866 sous Req. 13 juillet 1874, D. 76. 1, 121.

ces derniers cas, elle fait abstraction du contrat anéanti et qu'elle se contente de la connexité naturelle des deux prestations. En aucune manière ; on retrouvera relevé dans ces arrêts le fait que les prestations à rendre sont nées du même contrat, et que la connexité puise son origine dans le contrat anéanti ; c'est grâce à ce lien contractuel que les parties peuvent retenir leurs prestations (1). Bien plus, pour mettre davantage en relief l'existence d'un lien obligatoire elle recourt (2) à la fiction de l'exécution d'un second contrat, qui naît au moment de l'anéantissement du premier, pour que cette condition indispensable à ses yeux — la convention entre les parties — soit plus évidente encore.

Dans les cas où l'équité lui commandait d'accorder le droit de rétention, quoique le lien contractuel unique duquel devraient être issues les deux prestations fit défaut, la Cour se leurra de mots, pour pouvoir le découvrir là où pourtant il n'existait nullement. Il s'agit d'une espèce (3) où, à la suite de l'annulation d'un prêt fait à une femme mariée — sans autorisation de son mari — le prêteur a été reconnu fondé à retenir les titres qui lui avaient été remis pour la garantie du prêt, jusqu'au remboursement de la créance qu'il avait contre la femme — conformément à l'article 1312 C. civ. — « pour ce qui avait tourné à son profit ». En somme, l'obligation de restituer les titres résultait du fait que le prêteur les gardait sans droit,

(1) Pau, 30 mars 1887, D. 88. 2. 209.

(2) Civ. 27 juillet 1892, S. 93. 1. 67.

(3) Req. 25 avril 1900 ; S. 01. 1. 193 et la note de M. Ferron.

tandis que la créance contre la femme reposait sur l'idée d'enrichissement sans cause de celle-ci. La Cour trouve que le lien contractuel existe, car l'obligation de restituer ce dont la femme s'est enrichie repose sinon sur le contrat annulé, « au moins sur le quasi-contrat d'enrichissement sans cause », sans s'apercevoir que, en recourant à cette notion de quasi-contrat, elle n'avance en rien la question. Car l'obligation de restituer les titres ne résulte pas plus du quasi-contrat, que la dette de la femme ne résulte du contrat annulé. M. Ferron, dans sa note, critique en termes sévères cet arrêt et s'inquiète de la tendance libérale de la Cour, qui accorde la rétention en dehors de tout lien contractuel, pour deux créances non connexes.

Nous approuvons cependant sans réserve l'arrêt, quoique ses considérants soient bizarres, et, si nous l'avons relevé, c'est pour démontrer que la nécessité du lien contractuel ou quasi-contractuel est considérée par la jurisprudence française comme une condition *sine qua non* pour l'admissibilité du droit de rétention.

Nous achevons ces explications sur les applications que la jurisprudence française fait du droit de rétention, — fondé sur la connexité juridique — par deux observations qui nous permettront de mettre mieux en évidence les différences entre la jurisprudence française et la jurisprudence allemande à cet égard.

1° Pour que le droit de rétention fondé sur la connexité juridique soit admis, il faut non seulement qu'il existe entre les parties un lien contractuel ou quasi-contractuel, mais il faut que prétention et

contre-prétention soient nées toutes les deux *du même contrat* ; il ne suffit pas qu'entre diverses conventions successives il existe un lien naturel, voulu par les parties, mais il faut que l'opération soit, au point de vue *juridique*, unitaire ; la nécessité du même contrat comme condition essentielle d'admissibilité du droit de rétention ne peut pas être niée dans l'état actuel de la jurisprudence (1).

Il y a à cet égard un arrêt caractéristique de la Cour de Paris (2), qui condamne pour abus de confiance une ouvrière à domicile qui retenait des vêtements qu'un maître-tailleur lui avait confiés pour façonnage, en alléguant avoir une créance contre le patron, pour le prix d'autres vêtements déjà livrés, mais qui lui avaient été remis à d'autres reprises. Pour qu'elle ait pu retenir, il aurait fallu que ces vêtements lui fussent remis en vertu *d'une seule et même convention*, de laquelle était née sa créance (3).

(1) V. not. Lyon, 25 mars 1871, S. 71. 2. 145 ; Douai, 25 nov. 1921, S. 22. 2. 25.

(2) Paris, 14 mars 1910, D. 11. 2. 291.

(3) Il y a pourtant un arrêt de la Cour de Paris de 1898, cité par M. Cassin (p. 476), qui paraît avoir admis le droit de rétention pour deux prestations issues de contrats distincts. Nous regrettons de n'avoir pu le trouver nulle part, ce qui nous oblige à nous référer à cet égard aux relations de cet auteur. M. Cassin reconnaît lui-même que l'arrêt est isolé et que ses motifs sont faibles ; la cour n'émet aucun principe, mais se fonde uniquement sur l'équité : « il est excessif de prétendre qu'un vendeur serait tenu d'exécuter un nouveau marché, alors que le premier ne serait pas payé. » Il nous paraît très hardi de voir dans cet arrêt une tendance de la jurisprudence française vers l'admission d'un

2° Voici une deuxième observation : La jurisprudence, en admettant, à côté de la connexité matérielle, la connexité juridique comme fondement du droit de rétention, n'a pas encore tiré tout le parti possible de ce principe. Cette extension n'est que relative à la connexité des deux créances, car, en ce qui concerne l'objet de la prestation retenue, elle reste attachée à la conception matérialiste du droit de rétention, et n'en voit des cas d'application que là où il s'agit d'une chose, objet corporel, que le rétenteur a sinon en *possession (animo domini)*, au moins en *détention matérielle* (1).

Rien dans son attitude ne nous permet encore d'affirmer qu'elle ait suivi les enseignements de la doctrine moderne — ceux de M. Cassin notamment (2) —, selon lesquels, comme corollaire logique de la connexité juridique, peuvent former l'objet de droit de rétention non seulement une chose corporelle qu'on possède à l'occasion du contrat, mais toute prestation dans le sens large de ce mot — fait, abstention — à l'accomplissement de laquelle on peut être obligé en vertu d'un contrat.

La phrase banale, qu'on retrouve dans toutes les monographies anciennes traitant de notre sujet, que, « de l'essence même du droit de rétention il résulte qu'on ne peut l'exercer que sur des objets dont on est

droit de rétention entre commerçants, à la seule condition de la commercialité des deux créances.

(1) Req. 13 juillet 1898, D. 99. 1. 556.

(2) CASSIN, pp. 483 et s.

en possession » (1), reste encore vraie dans l'état actuel de la jurisprudence.

Ayant ainsi une vue d'ensemble sur l'attitude des tribunaux français à l'égard du droit de rétention, et ayant vu la conception qu'ils se font de la connexité juridique, nous exposerons dans ce qui va suivre l'interprétation que les tribunaux allemands donnent à l'article 273 B. G. B. et nous tâcherons de mettre en relief les différences dans les résultats atteints des deux côtés du Rhin. Mais, avant d'aborder l'analyse proprement dite de la jurisprudence allemande et justement pour pouvoir mieux comprendre son attitude, quelques explications préalables s'imposent relativement à l'origine des articles du B. G. B. qui traitent du droit de rétention.

§ 3. — Origine de l'article 273 al. 1^{er} B. G. B.

Entre le droit de rétention du droit français — tel qu'il a été élaboré par la doctrine et la jurisprudence — et la même institution en droit allemand, il n'y a pas de différence profonde de conception.

Le but et le fonctionnement sont les mêmes, mais, si les résultats auxquels on est arrivé dans les deux pays ne sont pas toujours identiques, c'est parce qu'on se trouve dans le domaine de l'équité — notion bien élastique et délicate à définir — ; or, si l'on voulait tirer toutes les conséquences logiques du principe de

(1) DALLOZ, *Rép. prat. de Législ.*, 1924, v. Rétention, n° 13.

l'exécution simultanée de deux obligations existant entre les mêmes personnes, on pourrait arriver à aller juste à l'encontre de cette équité. Il s'agit de savoir garder une juste mesure, appréciation subjective qui variera d'une personne à l'autre, d'une espèce à l'autre, et qui sera, comme telle, difficile à être enchassée dans un texte étroit de loi.

Il résulte des motifs du projet du B. G. B. que le législateur s'est rendu compte de la difficulté de régler une matière aussi délicate et, si le texte auquel il s'est arrêté n'est pas suffisamment explicite pour trancher toutes les difficultés qui peuvent surgir à l'occasion de son application, une chose est sûre : C'est qu'il a voulu écarter le principe du droit de rétention *ex dispari causâ* qu'il avait admis en matière commerciale, où l'on se contente de la commercialité des deux créances.

Il ne faut pas oublier — disent les motifs (1) — que le droit de rétention n'est en réalité qu'une exception de dol et qu'il sert à la défense contre le dol du débiteur, qui consiste dans le fait de demander l'exécution d'une obligation sans tenir compte de celle qu'on doit à son tour ; et qu'en séparant ces deux obligations, le débiteur méconnaît les règles de la loyauté et de la confiance réciproques. Le droit de rétention ne pourra donc pas être invoqué par cela seul qu'il y aura deux obligations entre les mêmes parties ; il faudra plus, il faudra un lien entre ces

(1) *Motivé ad § 233, p. 41.*

deux obligations, de manière que leur séparation porte atteinte à la bonne foi qui doit régner dans l'exécution de toute obligation.

A la question, — quels sont les cas dans lesquels ce lien existe —, nous trouvons la réponse dans l'article 273 B. G. B.

On s'aperçoit sans peine qu'il vise, dans chacun des deux premiers alinéas, deux hypothèses distinctes, correspondant — *grosso modo* — aux deux séries de droit de rétention admises par la jurisprudence française.

Le deuxième — nous commencerons pour plus de clarté par celui-ci — consacre le principe du *debitum cum re junctum* et accorde à celui qui est obligé à la délivrance d'une chose le droit de la retenir : premièrement, s'il a fait des dépenses pour cette chose et, deuxièmement, s'il a une créance pour dommages occasionnés par elle ; le texte ajoute que ce droit ne lui appartiendra pas, s'il s'était mis en possession de l'objet par un fait illicite accompli intentionnellement.

Nous ne nous arrêterons pas maintenant sur cette disposition, à laquelle nous consacrerons un chapitre spécial et nous passerons à celle de l'alinéa 1^{er}, qui est la plus importante et aussi le plus difficile à éclaircir et qui vise ce que nous avons appelé en droit français la connexité juridique.

Cet alinéa décide que le droit de rétention doit être accordé si les deux prétentions opposées sont nées du *même rapport juridique*.

Mais la loi se garde de définir de plus près cette notion bien vague *du même rapport juridique*, et ce n'est pas un oubli, mais une omission volontaire confirmée par les travaux préparatoires, où l'on peut lire (1) : « La délimitation de la notion de la connexité pourrait prêter à des difficultés, que la loi ne peut pas éliminer sans prendre des dispositions casuistes. Mais cette difficulté n'est pas d'une telle importance pour que, à cause d'elle, le texte du projet — justifiable en lui-même — doive être abandonné ».

La loi s'est contentée d'affirmer le principe de la connexité pour l'admissibilité du droit de rétention ; mais, quant au sens et au contenu de ce mot, elle est muette.

C'est donc vers la doctrine et la jurisprudence qu'il faut se retourner pour découvrir ce que la loi n'a pas voulu ou n'a pas pu faire.

Il y a peut-être peu de questions qui aient été tant débattues que celle de la connexité, car, en vérité, c'est ici que réside le problème capital de notre matière, celui sur lequel repose la théorie entière du droit de rétention, et qui lui donne son vrai caractère. On s'explique l'impossibilité dans laquelle s'est trouvé le législateur de réglementer cette question en la fixant dans un texte précis et sans équivoque, car, entre les deux conceptions extrémistes — celle de l'exclusion complète de la rétention (2) et celle de l'admission

(1) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines, B. G. B., p. 625.

(2) C. civil autrichien de 1810, art. 471, modifié d'ailleurs par

même *ex dispari causa* (1) —, il peut y avoir d'innombrables systèmes intermédiaires.

Cette incertitude n'est d'ailleurs pas un phénomène qui soit spécifique à l'Allemagne ; nous avons vu qu'en France la doctrine n'est pas d'accord non plus sur l'étendue qu'on devrait donner au droit de rétention. Si la jurisprudence française paraît être maintenant plus ou moins fixée et n'admet le droit de rétention que là où il existe un même contrat à l'origine des deux obligations, elle n'est pas arrivée à ce résultat par l'affirmation d'un principe général, mais par tâtonnements, en procédant par voie d'extension des textes de loi existants, et, dans les motifs des arrêts français, on ne rencontre, à la place d'une théorie de la connexité, que des arguments d'analogie et des considérations d'équité.

Ce mot *connexité*, qui est une élaboration de la littérature des Pandectistes allemands du xvi^e siècle, a été employé pour désigner le fondement commun sur lequel résidaient les différentes hypothèses de rétention énumérées par le droit romain,

Mais toutes les définitions qui en ont été données ont été tellement insuffisantes que Windscheidt (2) conclut que la notion de la connexité est trop incertaine pour qu'elle puisse servir de fondement à une

une loi de 1916 qui accorde le droit de rétention semblablement à l'al. 2 de l'art. 273 B. G. B. pour dépenses faites pour la chose et pour un dommage causé par elle.

(1) Art. 369 et s., C. de commerce allemand.

(2) *Pandekten*, t. II, § 354, n^o 9.

règle de droit, et que, à la question de savoir dans quel cas il doit y avoir rétention, il est impossible de répondre par l'élaboration d'un principe unitaire.

A la veille de la codification allemande, la doctrine inclinait tout de même à adopter une définition restée depuis classique, donnée par Goldschmidt (1). Selon cette définition, il y a connexité *chaque fois que les deux prétentions réciproques appartiennent à un complexe de rapports de droit, qui constituent selon la nature des choses ou la volonté des intéressés, une unité naturelle — voulue. Cette volonté doit être réputée présente, même s'il faut la suppléer, chaque fois que le contraire irait contre la loyauté et la confiance réciproque* (2).

La répercussion pratique de cette définition est importante, car elle a été adoptée par la Cour de cassation allemande (le Reichsgericht), dans son arrêt du 26 octobre 1885 (3).

Il vaut la peine que nous insistions sur cet arrêt, car c'est lui qui a servi de guide aux rédacteurs du code, et nous trouvons reproduits dans les motifs du projet les considérants mêmes sur lesquels la Cour a appuyé sa décision.

Le cas est compliqué par l'intervention d'une fail-

(1) *Handbuch des Handelsrechts*, p. 997, § 94.

(2) « ... dass Anspruch und Gegenanspruch einem Komplex von Rechtsverhältnissen angehören, welche, nach der Natur der Sache oder dem Willen der Beteiligten, eine (natürlich-gewollte) Einheit bilden. Dieser Wille ist auch dann vorhanden wenn erunterstellt werden muss, weil sein Gegenteil gegen Treu und Glauben verstossen würde ».

(3) R. G., 14. 231.

lite, mais nous tâcherons d'en dégager aussi clairement que possible l'essentiel : Une compagnie de chemins de fer conclut avec une société d'entreprises trois contrats à des dates différentes, portant sur des travaux différents, mais tous en vue de la construction de la même ligne. Le premier porte sur le percement de cinq tunnels, le deuxième sur la construction de la voie proprement dite pour un certain parcours, et le troisième sur des travaux de maçonnerie. Pour une cause quelconque, avant l'achèvement des travaux, la compagnie veut les continuer en régie et passe, pour chaque contrat, une transaction avec la société d'entreprise. Ultérieurement la société prétend retenir les matériaux que la compagnie de chemins de fer lui avait remis en vertu du deuxième contrat (notamment les rails qui étaient la propriété de la compagnie, mais qui étaient en possession de la société pour être rangés sur la voie qu'elle construisait), parce que la compagnie n'avait pas exécuté certaines des obligations qu'elle avait assumées en vertu du premier et du troisième contrat, et, à cet effet, elle invoque le bénéfice du droit de rétention du Code de commerce (*ex dispari causâ*).

La cour de Jena (1) la déboute de sa demande. La société se pourvoit en cassation. La chambre civile du Reichsgericht tout en lui refusant, comme société de constructions immobilières, le bénéfice de la loi commerciale, lui accorde le droit de retenir en vertu de la

(1) Dont les motifs ne sont nulle part publiés.

loi civile, car les conditions de connexité sont réunies dans l'espèce. « Le juge d'appel — dit la cour dans ses motifs — en voulant restreindre l'application du droit de rétention, comme en cas d'*exceptio non adimpleti contractus*, aux obligations issues du même contrat, se fait une conception trop étroite de la connexité. Les lois accordent (1) dans une série d'hypothèses un droit de rétention, malgré l'impossibilité d'y faire intervenir l'*exceptio non adimpleti contractus*. « Dans tous ces cas, ce n'est pas le lien de cause réciproque des deux obligations qui justifie la rétention *mais l'unité naturelle, voulue — ou qui doit être supposée telle — du rapport de fait, de manière qu'il serait, comme pour les obligations issues du même contrat, contraire à la loyauté et à la confiance réciproque (à la bona fides) que l'une des parties puisse demander l'exécution de l'obligation de son débiteur sans exécuter en même temps la sienne* ».

La cour trouve cette unité naturelle dans le but principal commun à ces trois contrats : la construction de la même ligne. « L'unité de ce but — continue la cour — est le lien naturel qui existe entre ces trois contrats distincts et elle ne permet pas, sans que la bonne foi soit méconnue, que l'une des parties demande, etc. ».

Les travaux préparatoires se réfèrent à cet arrêt ; les rédacteurs du code s'approprient la manière de voir de la Cour suprême, qui n'est en somme que celle de

(1) Il ne faut pas oublier que l'arrêt a été rendu, avant le Code civil, sous l'empire du droit commun.

Goldschmidt ; mais, par un procédé inexplicable, dans l'article 273 B. G. B. ils ne parlent point de cette unité naturelle ou voulue de la situation de fait, ils indiquent seulement, comme critérium de la connexité qu'ils ont voulu consacrer, la condition que les deux obligations soient nées *du même rapport juridique (aus demselben rechtlichen Verhältniss)*.

Comme les travaux préparatoires n'ont pas force de loi, les premiers commentateurs du nouveau code ont repris la question de la connexité qu'on croyait déjà close.

En s'appuyant sur le texte de la loi où l'on parlait « du même rapport juridique » — nouveau terme technique, qui n'avait jamais encore été employé avant — ils ont soutenu que la loi contenait une innovation, et que, en employant cette nouvelle expression, elle avait voulu rejeter la théorie jurisprudentielle de la connexité ; toute une série de nouvelles théories ont été alors émises par la doctrine pour éclaircir cette notion obscure « du même rapport juridique ».

Nous ne nous arrêterons pas à ces théories subtiles et casuistes, qui n'ont d'ailleurs pas mieux réussi à donner un critérium ferme de la connexité, car leur importance pratique a été nulle.

Dès le lendemain de la mise en application du B. G. B., le Reichsgericht, en se fondant et sur les arguments de textes et surtout sur ceux tirés des travaux préparatoires, a affirmé que, en ce qui concerne la nature de la connexité le Code n'a entendu en rien innover ; au contraire, c'est la théorie du droit antérieur, consacré

par l'arrêt précité de la Cour, qui a acquis force de loi.

En feuilletant les recueils de jurisprudence, on s'aperçoit que presque chaque arrêt dans lequel il s'agit d'interpréter l'article 273 alinéa 1^{er}, se réfère à cette décision de principe du 26 octobre 1885, du Reichtsgericht, et on retrouve partout, avec les mêmes expressions, la même argumentation : unité naturelle ou voulue de la situation de fait, interdépendance naturelle des deux obligations, lien économique, rapport de connexité qui puise son fondement dans la nature intime des deux prestations ; sous cette condition le droit de rétention doit être admis chaque fois que la bonne foi qui doit présider à l'exécution de toute obligation est violée, et elle le serait si l'on admettait que l'une des parties puisse obtenir l'accomplissement de l'obligation de son adversaire, sans offrir d'accomplir celle qui lui incombe (1).

§ 4. — Interprétation jurisprudentielle de l'article 273, 1^o B. G. B.

Ce serait dépasser notre tâche que de vouloir dégager une théorie inédite de la connexité d'après la jurisprudence allemande, et nous sommes d'ailleurs sûr que, même si nous voulions le faire, nous ne réussirions guère mieux que tant de juristes éminents. Nous nous contenterons donc, dans ce qui va suivre, d'exa-

(1) R. G. 57. 4 ; 68. 33 ; 72. 65 ; 72. 103 ; 78. 334 ; 83. 268 ; O. L. G. 22. 188 ; Warn. 08, n^o 441 ; 09, n^o 12 ; 16, n^o 10.

miner les principales décisions qui ont été rendues sur notre question pour voir la conception que se font les tribunaux allemands, et surtout la cour suprême de Leipzig, de cette « unité naturelle ou voulue » des deux obligations.

Nous pouvons dire, d'ores et déjà, que les tribunaux n'ont pas grande peine à découvrir, dans les espèces qu'ils ont à juger, une connexité des deux obligations dans le sens donné par la Cour de cassation à cette notion. Comme ils ne sont liés par aucune précision de la loi, l'existence ou l'inexistence de la connexité est une question qui tombe sous leur souveraine appréciation, quoique la Cour de cassation soutienne que ce n'est pas une pure question de fait et s'arroe le droit de contrôle sur les décisions des juges du fond.

I. Il est inutile de relever que le droit de rétention est accordé en Allemagne comme en France, quand les deux créances sont nées du même contrat synallagmatique parfait. Il y a lieu de distinguer, comme nous l'avons vu en parlant de l'*exceptio non adimpleti contractus*, entre l'obligation principale et les obligations accessoires, c'est à l'égard de ces dernières seules qu'on appliquera le droit de rétention ; pour la première, le débiteur invoquera l'*exceptio non adimpleti contractus*.

Une hypothèse où l'existence de la connexité sera aussi évidente que tout à l'heure est celle des contrats unilatéraux, appelés aussi synallagmatiques imparfaits, qui engendrent les actions contraires. Nous avons vu que, dans ces cas là, le droit de rétention est admis

en France aussi par ceux qui se contentent d'un lien contractuel comme fondement de la connexité, et que la jurisprudence est depuis longtemps acquise à cette opinion. On permettra notamment au mandataire de retenir les objets qui ont été confiés pour l'exécution de sa mission (1), au dépositaire de ne pas livrer la chose déposée jusqu'au remboursement de ses frais, au gérant d'affaires — assimilé à cet égard au mandataire — de retenir la chose gérée jusqu'au remboursement de ses dépenses.

Toutes ces solutions sont tellement évidentes en Allemagne que personne ne les considère comme dignes d'être relevées, aussi ne trouve-t-on que peu de décisions publiées relatives à ces hypothèses ; celles qui le sont tout de même tranchent d'habitude certaines questions connexes qui auraient pu prêter à des doutes (2).

Nous rappelons que c'est le droit de rétention et non pas l'ex. n. a. c. qui trouve application ; la chambre civile du Reichsgericht s'est prononcée sans équivoque (3) et nous connaissons les conséquences pratiques qui en résultent.

(1) En Allemagne l'art. 32 de la loi sur l'exercice de la profession d'avocat, du 1^{er} juin 1878 (modifiée par la loi du 22 mai 1910), n'oblige l'avocat à restituer à son client les pièces qui lui ont été confiées pour l'exécution de sa mission qu'après avoir été remboursé de ses frais et de ses honoraires, texte d'ailleurs inutile, car, même simplement par l'application des principes généraux en matière de rétention, cette solution n'aurait pas pu faire de doute.

(2) I. W. 01. 312 ; 29. 35.

(3) I. W. 01. 312 précité.

II. La même solution doit être donnée en cas de restitution de prestations faites en vertu d'un contrat nul pour vice de forme ou pour incapacité des parties. Nous avons vu déjà qu'il n'y a pas lieu de faire intervenir l'ex. n. a. c. de l'article 320, car le contrat synallagmatique n'existe plus, et l'obligation de rendre repose sur l'idée d'enrichissement sans cause. Si chacune des parties peut tout de même retenir la prestation jusqu'à ce que son adversaire ait exécuté la sienne, c'est que, malgré la disparition du contrat, le même rapport juridique dans le sens de l'article 273, 1^o subsiste (1). L'unité — sinon juridique — au moins naturelle, voulue de l'opération est évidente.

En France il existe une théorie, consacrée par la Cour de cassation (2), d'après laquelle il y a naissance d'un second contrat au moment même de l'anéantissement du premier ; c'est en exécution de ce second contrat que les parties ont le bénéfice de l'ex. n. a. c. et ne peuvent être contraintes qu'à une exécution trait pour trait.

En Allemagne on n'a pas eu besoin de recourir à une pareille fiction et le Reichsgericht applique constamment l'article 273 dans cette hypothèse. Un exemple pratique nous montrera les importantes différences des deux situations. Supposons que le vendeur du contrat nul tombe en faillite ; si c'était en vertu de l'article 320 (ex. n. a. c.) qu'il pouvait retenir, il ne

(1) R. G. 72. 65 ; 108. 356 ; Seuff. A. 74, n^o 68.

(2) Civ. 27 juil. 1892, S. 93. 1. 67.

pourrait être obligé à restituer la chose achetée qu'après le remboursement intégral du prix versé par lui ; comme c'est au contraire d'un simple droit de rétention inopposable à la faillite qu'il peut se prévaloir, il sera obligé de rendre la chose et viendra pour la créance du prix en concours avec les autres créanciers, de sorte qu'il ne sera peut-être payé qu'en monnaie de dividende.

Nous reconnaissons que la solution française est plus juste ; mais il ne s'agit en France que d'une question de mots, car — comme nous le verrons plus tard — l'ex. n. a. c. comme le droit de rétention peuvent être opposés l'un et l'autre à la faillite.

Il en sera toutefois différemment, même en Allemagne, si la restitution résulte du *mutuus dissensus*. Dans cette hypothèse le B. G. B. voit aussi un nouveau contrat et il applique les règles qui régissent l'exécution des contrats synallagmatiques parfaits (art. 348 B. G. B.).

III. Une application constante du principe de la connexité est faite par le Reichsgericht en matière d'enrichissement sans cause.

Dans un arrêt de 1908 (1), la municipalité d'une ville a été reconnue fondée à retevoir un effet de commerce qui lui avait été remis en cautionnement par une société de construction, pour des travaux publics qu'elle avait exécutés, quoique les comptes entre la ville et l'entrepreneur eussent été définitivement réglés.

(1) I. W. 08. 7.

Il s'agissait d'une *actio de in rem verso* que la ville avait intentée contre la société ; et c'est pour cette créance étrangère au contrat — mais issue de l'exécution des mêmes travaux — que le droit de retenir le cautionnement a été admis par la cour suprême.

On se rappelle d'un arrêt analogue rendu par la Cour de cassation française dans une question d'enrichissement sans cause, contre une femme mariée, parce qu'elle avait tiré profit d'un prêt contracté sans autorisation maritale, arrêt qui n'a pas été sans alarmer la doctrine (1) qui y voyait un cas de droit de rétention *ex dispari causa*. En Allemagne, où la nécessité que les deux créances soient nées du même contrat n'est exigée par personne, cet arrêt de la Cour française aurait passé inaperçu et personne ne se serait rencontré pour le critiquer ; le lien intime naturel entre les deux créances apparaissait jusqu'à évidence, et il aurait été contraire au bon sens et à l'équité de ne pas admettre la rétention.

Une espèce intéressante a été jugée par la Cour de Colmar (2), qui lui a permis de poser quelques affirmations de principes sur l'interprétation de l'alinéa 1^o de l'article 273.

Un commis-voyageur prétendait retenir les échantillons qui lui avaient été confiés par son patron jusqu'à ce que les droits de douane qu'il avait acquittés pour les dits échantillons lui fussent remboursés. La

(1) Req. 25 avr. 1900, S. 01. 1. 193 précité et la note critique de M. Ferron.

(2) O. L. G. 6. 350.

Cour lui permit de retenir, mais seulement par l'application de l'alinéa 2 de l'article 273, pour impenses faites pour la chose, car — dit la Cour dans ses motifs — il n'y a aucune raison qu'il soit traité pour ses impenses plus mal que tout étranger. Mais elle a soin d'ajouter que ce droit ne lui appartiendrait pas pour toute créance échue qu'il aurait contre son patron, non pas parce que la connexité requise par l'alinéa 1^o du même article n'existerait pas, mais parce qu'un pareil droit tomberait sous la prévision de l'exception, « au moins si, d'après le rapport d'obligation, il doit en être autrement ». Dans un contrat de louage de service, vu la situation de subordination dans laquelle se trouve le salarié envers le patron, la rétention doit être considérée comme exclue, car le commis-voyageur, en entrant au service de son patron, a accepté de suivre les ordres de celui-ci pour tout objet qui lui serait confié. Mais il pourra l'exercer tout de même à la fin du contrat, quand il ne sera plus lié par ses stipulations expresses ou tacites.

IV. Dans les hypothèses que nous venons d'examiner on a pu s'apercevoir sans peine que, partout, la connexité était évidente et qu'elle reposait sur un rapport contractuel ou quasi-contractuel qui existait ou avait existé entre les parties. Il y a plus qu'un lien simplement naturel ou économique, car partout on peut découvrir à l'origine des deux obligations une opération juridique : contrat ou quasi-contrat. Si ces différentes espèces avaient été portées devant un tri-

bunal de France, nous ne doutons pas qu'elles auraient reçu la même solution.

Nous ferons maintenant un pas en avant et nous examinerons ci-après quelques cas où la jurisprudence a cru trouver l'existence de la connexité des deux prestations non pas dans un acte de volonté des intéressés, mais dans certaines institutions légales qui créent entre les deux parties un rapport juridique en leur conférant et en leur imposant — contre leur volonté quelquefois — certains droits et obligations.

Il en est ainsi des rapports qui existent, en matière de substitution fidéicommissaire, entre le grevé et l'appelé avant l'ouverture de la substitution.

Le Reichsgericht, dans un arrêt du 6 octobre 1904 (1), reconnaît au bénéficiaire d'une substitution fidéicommissaire le droit de retenir à l'encontre du grevé un objet qui faisait partie des biens substitués et qui est resté en sa possession, jusqu'à ce que le grevé ait fourni la caution que l'article 2128 B. G. B. lui impose, si, à la suite de sa situation précaire, les intérêts du substitué sont menacés. Quant à l'existence du même rapport juridique duquel doivent être issues les deux obligations — dit la Cour dans ses considérants — « on ne doit pas être trop exigeant ; la loi établit entre le grevé et l'appelé, dans les articles 2112 et suivants, un rapport continu de droits et d'obligations nés de leur vocation à la même succession ».

Dans un cas analogue au précédent une femme

(1) R. G. 59. 200.

mariée a été reconnue fondée à opposer le droit de rétention à la demande en délivrance d'un bien dotal, intentée par son mari, car celui-ci refusait de fournir la sûreté que l'article 1391 B. G. B lui impose dans certaines circonstances ; « car, dit la Cour (1), demande et exception reposent sur le fondement commun du droit matrimonial ».

Un arrêt étrange par son libéralisme a été rendu par la cour suprême de Leipzig au sujet d'une question d'usufruit (2). Elle a donné gain de cause à un usufruitier qui avait cessé de fournir les intérêts d'une dette hypothécaire qui grevait les immeubles dont il avait la jouissance, parce qu'il avait acquitté une dette du propriétaire étrangère à son usufruit, mais pour laquelle il s'était porté caution, et que le nu-propriétaire débiteur principal, refusait de lui restituer la somme avancée. La Cour appuie sa décision sur le fait que dette et usufruit dérivent du même auteur et, du moment que le propriétaire, ayant cause de son auteur, n'acquitte pas à temps le capital des dettes échues, l'usufruitier pourra également retenir l'accomplissement des obligations qui lui sont imposées par sa qualité d'usufruitier.

On voit que, chaque fois que l'équité l'exige, l'existence du « même rapport juridique » est vite trouvée.

V. En analysant cet arrêt de principe, qui a servi comme point de départ aux rédacteurs du code alle-

(1) I. W. 09. 165.

(2) I. W. 09. 726.

mand (1) nous avons vu que le droit de rétention est accordé dans une autre série d'hypothèses, où il ne s'agit plus, comme dans les hypothèses discutées jusqu'ici, d'obligations issues d'opérations plus ou moins unitaires, mais de contrats successifs, conclus à des dates différentes, portant sur des objets différents.

On ne doit pas y voir des cas d'application du droit de rétention, *ex dispari causâ*, admis par le seul fait qu'il existe entre les mêmes personnes deux obligations, quelle que soit leur cause, car, dans tout arrêt, aussi libérale que soit la solution qu'il donne, le juge cherche à découvrir un certain lien entre les deux prestations, pour pouvoir appuyer sa décision sur cette unité voulue, naturelle, économique, et pour pouvoir satisfaire ainsi à la condition légale du même rapport juridique.

En analysant cette dernière série d'arrêts — où, plus que dans tout autre domaine, on est choqué de la large liberté d'appréciation laissée aux juges — on peut diviser les diverses hypothèses en deux groupements distincts qui portent chacun l'empreinte de l'idée directrice qui est à la base de leurs motifs.

1° Entrent dans une première catégorie les arrêts qui font abstraction de la qualité des parties, et qui s'appuient uniquement sur le lien qui existe entre les deux obligations, soit quant à leur objet, soit quant au but commun en vue duquel elles ont été conclues, de manière que les opérations desquelles les prétentions

(1) R. G. 14. 231.

sont nées, quoique indépendantes au point de vue juridique, forment une unité économique, naturelle, voulue — ou supposée telle — par les parties.

Il en est ainsi notamment dans le cas où, dans le même acte et en vue du même but final, plusieurs conventions ont été passées entre deux contractants. Quoique ces diverses conventions aient été conclues en même temps et constituent, au point de vue de la forme, un seul contrat, il peut arriver que les conditions requises pour l'application de l'ex. n. a. c. ne soient pas réunies, notamment que l'exécution de l'une d'elles ne soit pas la cause de l'autre, que cette interdépendance étroite des diverses stipulations ne résulte pas d'une manière suffisamment explicite de la volonté des parties.

Les tribunaux ne se laissent pas tromper par le fait que la convention principale et certaines stipulations accessoires ont été conclues dans le même acte. Ils sont très sévères dans l'admission de l'ex. n. a. c. et ils se bornent à accorder, en cas d'inexécution de l'une d'entre elles, le moyen moins complet, et aussi moins grave en conséquences, qu'est le droit de rétention (1).

Il n'est du reste pas nécessaire que les diverses conventions desquelles sont issues les prestations aient été conclues dans le même acte. Nous avons vu dans l'arrêt de principe de la Cour de 1885 (2), qu'on peut

(1) V. not. l'arrêt très bien motivé du Reichsgericht, R. G. 57. 1.

(2) R. G. 14. 231, précité.

retenir une prestation même si elle est née d'un autre contrat que l'obligation pour l'inexécution de laquelle on oppose la rétention, pourvu qu'elle porte sur des objets similaires (1), ou qu'il existe entre les diverses opérations un lien suffisant pour que la bonne foi soit violée si l'une des obligations était exécutée sans tenir compte de l'exécution de l'autre (2).

2° Enfin, dans une deuxième série d'arrêts — qui sont les plus avancés et d'où il n'y a qu'une petite marge à franchir pour arriver dans le domaine du droit de rétention *ex dispari causâ* —, le critérium de la connexité ne puise plus son fondement dans la nature des deux prestations opposées, mais dans les qualités personnelles des intéressés, et notamment dans les relations habituelles d'affaires qui existent entre eux.

La Cour de cassation fait un large emploi de cette circonstance — les relations continues d'affaires entre les parties — et elle accorde le droit de retenir une prestation issue d'un contrat complètement étranger à celui duquel est née la dette ; mais, tandis que dans les autres cas de connexité, la Cour Suprême, logique avec elle-même, accorde d'une manière continue le

(1) R. G. 68. 32.

(2) Il peut être délicat quelquefois de distinguer, dans de pareilles circonstances, s'il ne s'agit pas plutôt d'un marché à livrer, contrat unique mais à exécution échelonnée, car, dans ce cas là, les tribunaux appliquent l'art. 320 (L. Z. 14. 283), et il peut ne pas être indifférent pour le créancier de pouvoir invoquer plutôt l'ex. n. a. c. que le droit de rétention.

droit de rétention chaque fois que la situation de fait lui permet de découvrir une pertinence économique entre les deux obligations, au contraire, quand il s'agit simplement des relations habituelles d'affaires, ses arrêts sont contradictoires et un fil directeur ne peut pas être découvert dans le labyrinthe de sa jurisprudence. Tout est question de fait, et aucun des motifs ne tient, sinon celui de l'équité, qui la détermine tantôt à admettre, tantôt à refuser, dans des situations presque identiques, le droit de rétention.

Quelquefois elle recourt à la fiction que, malgré la pluralité des contrats, et malgré la diversité de leurs objets, tout nouveau contrat doit être regardé comme la continuation des affaires antérieures, et que ce n'est que sous la condition de l'accomplissement de toutes les obligations découlant des contrats antérieurs, par l'une des parties, que l'autre a consenti à s'engager dans une nouvelle affaire (1). D'autres fois elle considère cette condition comme inutile et elle accorde le droit de rétention malgré une clause expresse insérée dans la convention qui régissait les relations entre les parties, clause en vertu de laquelle les intéressés se mettent d'accord que chaque livraison partielle doit être regardée comme une opération juridique distincte (2). Cette stipulation — dit le Reichsgericht dans les considérants de son arrêt — n'est nullement exclusive du droit de rétention, qui puise son fonde-

(1) R. G. 68. 32, précité.

(2) Warn. 17, n° 134.

ment dans les relations habituelles d'affaires entre les parties. « Au contraire elle ne fait que confirmer la pratique de la Cour, qui admet la rétention même si les deux créances sont nées de deux contrats distincts. Ce n'est pas l'ex. n. a. c. qui est invoquée, mais c'est bien le droit de rétention de l'article 273, alinéa 1^{er}. Or, si ce n'est pas du même contrat, c'est sûrement du même rapport juridique que les deux créances sont issues ».

Nous rapprocherons cet arrêt, dans lequel, comme nous venons de le voir, la Cour — méconnaissant une stipulation expresse des parties — se fonde, pour accorder le droit de rétention, uniquement sur les relations prolongées d'affaires, d'un autre rendu par la même chambre civile de la Cour Suprême de Leipzig (1). Dans une affaire entre un banquier et son client, quoique les relations habituelles d'affaires — la Cour le reconnaît — fussent aussi évidentes que dans l'espèce précédente, le droit de rétention est refusé, car il résultait « des circonstances de la cause » que telle a été la volonté des parties. A savoir, le client en déposant des titres chez son banquier, avait donné l'ordre qu'ils fassent l'objet d'un compte distinct, ouvert toujours à son nom, et appelé, pour le distinguer de son compte ordinaire : le compte n° 2. Quand le banquier opposa le droit de rétention à la demande en restitution de son client, car le compte n° 1 se soldait débiteur — en alléguant d'ailleurs

(1) R. G. 66. 334.

n'avoir consenti à faire de nouvelles avances à son client, qu'en se sachant garanti par les titres du compte 2 — la Cour le déclara mal fondé dans son exception, car — dit-elle — le banquier a été suffisamment averti, par l'ordre qu'il avait reçu de manier les titres dans un compte spécial, qu'il ne pouvait pas compter pour se garantir de sa créance issue du compte 1, sur les valeurs du compte 2 (1).

Il paraît d'ailleurs que la jurisprudence s'est laissée entraîner sur cette pente dangereuse, d'élargir, tellement sous couleur de relations prolongées d'affaires, la notion de la connexité requise par l'article 273, parce qu'elle se sentait trop entravée dans l'application du droit de rétention de l'article 369 et ss. C. com. Cet article (2) exige, à côté de la commercialité des prétentions, que les deux parties en cause soient des commerçants. Or, dans bien des cas, cette deuxième condition peut faire défaut ; alors le Reichsgericht cherche à passer outre, en élargissant — non sans danger pour la fermeté de sa jurisprudence — la notion

(1) Même solution dans une affaire d'une compagnie d'assurance avec son client (Warn., 08, n° 496), et notamment dans un arrêt récent du Reichsgericht (oct. 1928, I. W. 29. 35), rendu contre un notaire qui retenait les pièces instrumentées par lui, pour une créance d'honoraires plus ancienne. Les relations continues d'affaires entre lui et son client furent prouvées par le notaire, mais la cour considéra qu'elles ne suffisaient pas pour justifier, dans l'espèce, la rétention. Il manquait aux deux créances le lien naturel, économique. Cette solution est approuvée par M. Oberneck dans la note qui suit l'arrêt.

(2) V. *infra* : *Effets du droit de rétention dans la faillite du débiteur*.

de la connexité requise pour l'admissibilité du droit de rétention du Code civil.

Pour achever ces explications relatives à la nature de la connexité dans la pratique des tribunaux des deux pays dont nous nous occupons — et en avançant ainsi sur nos conclusions ultérieures, — nous résumerons en quelques lignes les différences qui se dégagent de la comparaison des résultats auxquels sont arrivées les jurisprudences française et allemande, partant, l'une de quelques dispositions éparses, et sans cohésion, l'autre d'un texte général mais insuffisant pour délimiter d'une manière ferme l'étendue d'application du droit de rétention.

La conception française de la connexité est claire, nette, et ne peut pas prêter à équivoque ; elle s'attache à la théorie des obligations, et les tribunaux français n'admettent la rétention que là où l'on peut relever l'existence d'un contrat dans lequel les deux créances puisent leur origine commune. La qualité des parties, les relations entre elles, la nature des deux créances importent peu ; à défaut de *lien contractuel unitaire*, elles ne peuvent jamais justifier l'exercice d'un droit de rétention.

En Allemagne au contraire, la conception de la connexité est beaucoup plus large, plus souple, mais, en revanche aussi, moins ferme. La jurisprudence d'outre Rhin s'est depuis longtemps affranchie du cadre étroit « du même contrat » et, en cela, elle a suivi la voie qui lui avait été tracée par le législateur, qui a créé dans son article 273 un nouveau terme *du même rap-*

port juridique, pour mettre davantage en lumière qu'il ne s'agit nullement du *même rapport contractuel* (1).

Le juge allemand s'inspire de la situation de fait, de la nature des deux créances, de la qualité des intéressés et il accorde le droit de rétention chaque fois que l'équité le lui commande. L'interprétation qu'il donne au « même rapport juridique » est tellement large qu'il n'y a guère d'hypothèses qui, avec un peu de bonne volonté, ne puissent y être comprises.

Il y a une parfaite harmonie entre les solutions des tribunaux français et ceux d'Allemagne, tant qu'il s'agit d'obligations issues d'un contrat, d'un quasi-contrat, ou de l'anéantissement d'un contrat préexistant ; mais ici, le juge français s'arrête, car il sent fuir sous ses pieds le terrain solide du droit, et il ne veut pas se lancer dans l'aventure. L'allemand au contraire

(1) Le conflit entre la conception française de la connexité et celle des tribunaux allemands s'est posé en pratique dans une espèce jugée par le Reichsgericht le 10 janv. 1911 (Warn. 11, n° 111). Il s'agissait de relations habituelles d'affaires entre un français et un allemand. L'allemand demandait des dommages pour le préjudice que lui avait causé le français en exerçant le droit de rétention pour diverses prestations successives issues de commandes distinctes. Tout en reconnaissant que des relations continues d'affaires avaient existé entre eux il alléguait que cette circonstance n'était point suffisante pour justifier d'après la loi française l'exercice du droit de rétention ; et vu que le droit de rétention du Code civil français est réel (*sic*) il demandait l'application de celui-ci. Le Reichsgericht a trouvé cependant que le défendeur avait été dans son droit en exerçant le droit de rétention, car celui-ci n'est qu'un droit accessoire qui suit le sort de la créance ; or, les parties avaient stipulé la compétence des tribunaux allemands et c'est le B. G. B. qui leur a été appliqué.

poursuit son chemin jusqu'au bout ; il franchit sans hésiter la frontière qui le conduit dans le domaine de l'équité et il n'écouterà désormais que la loi de sa conscience.

Lequel des deux systèmes est le meilleur ? Choix difficile à faire, et la réponse dépend de celle qu'on donnera à une autre question plus délicate et plus complexe, et que nous ne pouvons pas discuter ici : s'il est bien de donner au juge une trop grande liberté, qui pourra facilement dégénérer en arbitraire.

CHAPITRE II

LA CONNEXITÉ MATÉRIELLE ET OBJECTIVE

Nous nous sommes occupés jusqu'ici du droit de rétention qui avait comme fondement la connexité juridique, la communauté d'origine des deux prestations issues toutes les deux de la même opération juridique abstraite.

Le lien était purement intellectuel, et devait être cherché dans la volonté des parties ou dans la nature intime des deux créances.

Si les cas de droit de rétention fondés sur la connexité juridique sont les plus fréquents en pratique, ils ne sont ni les seuls, ni les plus évidents.

Nous avons déjà fait allusion aux hypothèses classiques de rétention, celles fondées sur le *debitum cum re junctum*, dans le sens traditionnel et matériel de cette expression, qui se rencontrent en cas d'impenses faites sur la chose d'autrui. La rétention est accordée dans ces hypothèses comme représentant l'équivalent de la perte de la propriété des matières qu'une personne avait incorporées à la chose d'autrui et qui sont acquises au propriétaire de la chose principale par application de l'adage *accessorium sequitur principale*.

Dans ces cas-là, la connexité ne repose plus sur une opération juridique, mais sur le lien matériel qui est créé par l'incorporation d'une valeur à la chose d'autrui. Nous avons appelé cette connexité « matérielle », car la qualité des parties, la nature des rapports existant entre elles sont indifférentes ; il suffit, pour que le droit de rétention soit accordé, qu'il existe un lien de pertinence matériel entre la créance et la chose retenue.

Le critérium n'est plus subjectif, inhérent aux parties en cause, mais objectif, et il doit être cherché dans la chose même sur laquelle porte la rétention.

Il y a plusieurs applications de ce principe et nous consacrerons à chacune d'elle une section spéciale pour dégager la différence entre la jurisprudence française et la jurisprudence allemande dans l'appréciation de cette connexité matérielle.

§ 1. — Le droit de rétention du possesseur qui a fait des constructions et améliorations sur le fonds d'autrui.

Une des applications les plus importantes du droit de rétention, fondé sur la connexité matérielle, est relative au possesseur qui a fait des constructions, plantations ou améliorations sur le fonds d'autrui.

C'est l'hypothèse classique de rétention — l'application la plus évidente du *debitum cum re junctum* — aussi n'y a-t-il guère d'auteurs, qui n'admettent que le possesseur créancier pour impenses ne puisse rete-

nir la chose, jusqu'au remboursement de l'indemnité que lui confère le Code civil dans son article 555. Même Aubry et Rau, qui exigent pourtant l'existence, à côté du *debitum cum re junctum*, d'un contrat ou quasi-contrat, font une exception en faveur de ce possesseur — tout au moins s'il est de bonne foi —, en ébranlant, par là même, la solidité de leur système (1).

En Allemagne aussi le B. G. B., dans son titre intitulé « Des actions qui naissent du droit de propriété », contient, article 1000, une disposition à cet égard, dont voici le texte : « Le possesseur peut se refuser à
« restituer la chose jusqu'à ce qu'il ait reçu le rem-
« boursement d'impenses auxquelles il a droit. Le
« droit de rétention ne lui appartient pas lorsqu'il est
« entré en possession de la chose au moyen d'un acte
« illicite commis intentionnellement ».

Tandis que le texte de l'article 555 du Code civil suppose un propriétaire en face d'un tiers évincé et à l'opinion de la doctrine (2) ne paraît viser que le possesseur au sens strict de ce mot, celui qui possède en se croyant propriétaire — et que c'est seulement la jurisprudence qui l'étend aux simples détenteurs, — l'article 1000 B. G. B. et ceux qui le précèdent — on est unanimement d'accord là-dessus — visent tout possesseur dans le sens large de ce mot. Ils forment le droit commun en matière d'impenses faites sur la

(1) V. *suprà*, p. 16.

(2) AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. II, § 204 ; COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. I, p. 863.

chose d'autrui, et doivent être appliqués chaque fois que, d'après la loi ou la convention des parties, il ne doit pas en être autrement.

En ce qui concerne l'article 1000, on s'est demandé si son insertion dans ce chapitre était bien nécessaire, étant donné les termes généraux de l'article 273, alinéa 2^o, qui, — on s'en souvient — accorde le droit de rétention à « quiconque est obligé à la délivrance de l'objet, lorsqu'il peut faire valoir une prétention actuellement échue à raison de dépenses faites sur cet objet, etc... », ou s'il n'était plutôt qu'un doublet de ce dernier, sans aucune portée pratique.

La doctrine répond en général à cette question que, si en vérité les deux textes se ressemblent et visent des situations similaires, il ne faut pas oublier que, pour pouvoir se prévaloir du droit de rétention de l'article 273, il faut qu'on ait — le texte le dit en terme exprès, — une créance actuellement échue ; or, dans l'article 1000, il s'agit d'impenses faites sur la chose d'autrui — et quoique le droit de rétention ne soit plus, comme en droit romain, le seul moyen de recouvrer les dépenses qu'on a faite sur la chose d'un tiers, mais que le possesseur ait en même temps une action pour leur recouvrement — il ne peut, en vertu de l'article 1001, intenter son action, qu'au moment où le propriétaire a déjà recouvré la chose, ou au moment où il a ratifié les impenses (1).

(1) Art. 1001, B. G. B. : « Le possesseur ne peut faire valoir son droit en remboursement des impenses que si le propriétaire

Cette raison ne nous paraît pas décisive. Il existe en vérité une théorie jurisprudentielle relative à l'interprétation à donner au mot « échu » au sens de l'article 273. Selon cette théorie, émise par le Reichsgericht (1), pour que le droit de rétention puisse être exercé, il suffit que la créance échoie au moment même de l'exécution. Avec cette interprétation, l'article 1000 devient en effet inutile, car, si la créance en remboursement des impenses n'est pas échue au moment où le propriétaire — sans les avoir ratifiées — revendique la chose, elle le devient sûrement dès que celui-ci en recouvre la possession.

Nous savons que la jurisprudence française est acquise — elle l'a été d'ailleurs toujours — à la théorie du *debitum cum re junctum*, et qu'elle accorde, comme la loi allemande, le droit de rétention au possesseur créancier pour impenses. A cet égard, il n'y a pas de différence entre la pratique française et allemande, sauf — et c'est la différence des deux lois qui en est la cause — en ce qui concerne le montant de la

recouvre la chose ou s'il ratifie les impenses faites. Jusqu'à la ratification des impenses, le propriétaire peut s'affranchir du remboursement en rendant la chose recouvrée. Il y a présomption de ratification lorsque le propriétaire reçoit la chose que le possesseur lui offre sous réserve de son droit de remboursement ».

(1) R. G. 82, 25. Un créancier gagiste se refusait à une exécution trait pour trait entre le paiement de la dette et la restitution du gage, en faisant valoir que l'obligation de rendre l'objet du gage n'est échue qu'après le paiement de la dette. Dans le même sens, relatif à la restitution d'une obligation hypothécaire, I. W., 06, 545 et 12, 1060.

créance, particularité que nous n'aborderons pas, car elle n'entre pas dans notre sujet.

Une seule remarque s'impose : tandis qu'en Allemagne — comme on s'en aperçoit en lisant la dernière disposition de l'article 1000, identique à la partie finale du second alinéa de l'article 273 — le bénéfice du droit de rétention n'est refusé qu'à celui qui s'est mis en possession de l'objet par un fait illicite accompli intentionnellement (au voleur ou à celui qui s'est rendu coupable d'un abus de confiance, etc...) en France une jurisprudence, qui ne s'est jamais encore démentie, n'accorde le droit de rétention qu'au possesseur de bonne foi, dans le sens donné par l'article 550 du Code civil à cette expression.

En Allemagne aussi le possesseur de mauvaise foi est moins bien traité que celui de bonne foi en ce qui concerne le montant de son indemnité. Le premier ne peut répéter ses impenses, même nécessaires, que selon les règles de la gestion d'affaires, et, le cas échéant, jusqu'à concurrence de ce dont le propriétaire s'est enrichi ; quant aux impenses utiles on ne fait, à son égard, aucune distinction entre celles-ci et les dépenses voluptuaires, et — à la différence de ce qui se passe en droit français — il n'a que le *jus tollendi*.

Mais du moment que la loi lui accorde une créance, — fût-elle *de in rem verso* — il pourra toujours opposer le droit de rétention, et ne pas se dessaisir de la chose, jusqu'au recouvrement des indemnités qui lui sont dues par le revendiquant,

Les tribunaux français sont fermes pour nier ce bénéfice au possesseur de mauvaise foi (1). La doctrine a vainement démontré que la discussion, dans l'ancien droit — car c'est à la tradition qu'on rattache cette distinction —, ne portait point sur la question de savoir si l'on devait accorder la rétention au possesseur de mauvaise foi, mais en général s'il fallait lui accorder ou non une créance pour ses impenses; et que, le code ayant tranché la controverse dans son article 555 par l'affirmative, il n'y a pas de raison pour que ce possesseur soit traité différemment quant au droit de rétention. La doctrine est presque unanime à désapprouver la résistance de la jurisprudence, qui ne veut point se plier devant ses arguments, et parmi les auteurs modernes, c'est M. Cassin seul qui l'approuve (2). Il estime notamment que l'article 555, dérogeant à la tradition, est de droit strict, et ne peut être interprété que restrictivement.

Il nous paraît d'autant plus contestable de faire cette distinction entre le possesseur de bonne foi et celui de mauvaise foi, au point de vue du droit de rétention, qu'il existe un article du Code civil, qui accorde le droit de rétention à un possesseur qui ne peut pourtant pas être considéré de bonne foi conformément à l'article 550.

C'est l'article 867 du Code civil, le seul qui consacre formellement un droit de rétention pour impenses

(1) Bastia, 9 juil. 1856, S. 56. 2. 404; Civ. 25 mai 1852, S. 52. 1. 17; Grenoble, 10 juil. 1860, S. 61. 2. 21.

(2) CASSIN, *op. cit.*, p. 558.

faites sur une chose qu'on doit délaisser et qui permet au cohéritier donataire obligé au rapport en nature d'un immeuble, de le retenir tant qu'il n'aura pas été indemnisé des impenses qu'il y avait faites.

Ce n'est pas un possesseur de bonne foi au sens de l'article 550, car il connaissait bien les vices de son titre. et la loi lui accorde tout de même le droit de rétention.

La jurisprudence aurait été plus logique si elle avait élargi les dispositions de cet article, comme elle l'avait fait pour toute la matière de la rétention, plutôt que de continuer une pratique imaginaire de l'ancien droit.

Nous disions tout à l'heure que, contrairement à l'opinion de la doctrine, la jurisprudence ne restreint pas l'application de l'article 555 du Code civil aux seules hypothèses où il s'agit d'un possesseur évincé par le propriétaire, mais l'applique à d'autres situations où il s'agit de simples détenteurs précaires ou de propriétaires sous condition résolutoire, en un mot à tout possesseur qui a construit sur le terrain d'autrui et qui n'est pas tenu d'une obligation contractuelle vis-à-vis du propriétaire du sol (1) ou au sujet duquel la loi n'a pas statué différemment (2).

(1) Req., 7 mai 1895, S. 97. 1. 35 ; Req., 18 fév. 1896, S. 97. 1. 36 ; Req., 15 juill. 1912, D. 14. 1. 28.

(2) Comme l'art. 599, 2^o C. civ. en matière d'usufruit, qui a permis à une jurisprudence plus que contestable (v. not. Req., 4 nov. 1885, S. 86. 1. 113) d'assimiler aux améliorations même les constructions nouvelles en dispensant le nu-propriétaire de toute indemnité envers l'usufruitier.

Mais, en élargissant le champ d'application de l'article 555, qui traite d'une manière très défavorable le possesseur de mauvaise foi, la jurisprudence s'est rendu compte que le critérium de la bonne foi posé par l'article 550 était beaucoup trop étroit, et que ce serait consacrer de flagrantes injustices que de considérer de mauvaise foi tous ceux qui ont construit sur un terrain dont ils savaient ne pas être les propriétaires.

Aussi commence-t-elle à élargir la notion de la bonne foi contre les termes formels de l'article 550 en accordant le bénéfice de cette qualité à certains détenteurs précaires, qui ne pourraient nullement être considérés comme de bonne foi par l'application du critérium établi dans cet article.

Il s'agit, dans ces arrêts, de certains preneurs et locataires qui, vu la longue durée de leur bail et la modicité des loyers, sont considérés de bonne foi à l'égard de leur bailleur (1), de successibles qui, du vivant du *de cujus*, ont construit sur le fonds appartenant à ce dernier (2). Mais ce ne sont que des décisions isolées, des dérogations prétoriennes apportées au principe, dans certaines circonstances où le possesseur était particulièrement digne d'intérêt et elles ne nous permettent pas encore de conclure à l'existence d'une théorie jurisprudentielle de la bonne foi opposée au critérium légal établi dans l'article 550.

Pourtant cette tendance de la jurisprudence nous

(1) Civ., 23 mai 1860, S. 60. 1. 692 ; Req., 15 juill. 1912, S. 12, *Bull. somm.*, 1. 122.

(2) Agen, 3 mars 1902, D. 02. 2. 241 et la note de M. Colin.

paraît louable et si, en persévérant dans cette voie, elle arrivait à ne considérer de mauvaise foi que celui qui ne pouvait point croire qu'il construisait dans son propre intérêt, cet élargissement de la notion de la bonne foi, opéré principalement en vue de la créance en indemnité, se répercuterait également sur le droit de rétention. La distance entre le possesseur de mauvaise foi selon la pratique française et celui auquel le B. G. B. enlève le bénéfice du droit de rétention, comme s'étant mis en possession de la chose par un acte illicite serait sensiblement rapprochée.

§ 2. — Le droit de rétention du façonnier.

Dans la section précédente nous avons raisonné sur l'hypothèse que la chose sur laquelle les impenses avaient été faites était un immeuble, mais il peut arriver que quelqu'un transforme ou améliore une chose mobilière ou une matière qui ne lui appartient pas et qu'il soit obligé de rendre la chose ainsi transformée à son propriétaire. Quelle sera sa situation au point de vue du droit de rétention ? La question est plus complexe, et il faut distinguer les deux situations suivantes.

D'abord, il peut arriver qu'il existe entre le façonnier et le propriétaire une convention relative à la transformation de certaines matières qui ont été remises au façonnier d'après cette convention ; nous avons vu que, dans ce cas, la jurisprudence française et alle-

mande accordent toutes les deux un droit de rétention, jusqu'au paiement du prix intégral, non seulement sur les matières déjà transformées, mais même sur celles qui sont encore à l'état originaire.

En vérité, la connexité juridique entre la demande du propriétaire en restitution de ses matières et celle du façonnier en paiement du prix existe, car les deux créances puisent leur origine dans la même opération juridique : la convention passée entre les parties.

Nous savons que l'article 2102, 3° ne confère un privilège que pour les frais de conservation faits sur une chose mobilière ; ainsi le droit de rétention accordé au façonnier par la jurisprudence, pratique consacrée législativement par l'article 48 I. C. trav., lui sera extrêmement précieux, attendu que tous les travaux d'un façonnier n'auront pas ce caractère de frais conservatoires.

En Allemagne le droit de rétention conféré en vertu de la disposition générale de l'article 273, alinéa 1°, n'a pas une telle importance, car l'article 647 B. G. B. confère à tout façonnier un droit de gage légal, qui dépasse de beaucoup les avantages conférés par un simple droit de rétention.

Mais, si ce droit de gage est plus complet que le droit de rétention, il est moins étendu que celui-ci, car il ne porte que sur les matières déjà transformées. En revanche, il garantit la créance entière du contrat, et non seulement la partie correspondant aux objets déjà travaillés.

En conséquence, malgré ce gage légal, le façonnier

allemand peut avoir besoin du droit de rétention, quand il s'agit de retenir les matières qu'il n'a pas encore ouvrées, et sur lesquelles son droit de gage ne s'étend pas.

Nous avons raisonné jusqu'ici sur ce qui est la situation normale, c'est-à-dire sur l'hypothèse où les matières ont été remises par leur propriétaire au façonnier en vertu d'un contrat, et où la créance de celui-ci était relative au paiement du prix stipulé par la convention.

Mais il peut arriver que le façonnier transforme une matière en dehors de tout contrat, soit qu'il crût qu'elle lui appartenait, soit qu'elle lui eût été remise, pour être travaillée, par une personne qui n'en était pas le propriétaire, et il se peut que le *verus dominus* découvre sa chose entre les mains du façonnier après qu'elle a été transformée, et revendique sa restitution. C'est seulement dans ce cas-là que le façonnier sera dans la situation de tout spécificateur qui, ayant transformé la chose d'autrui, aura le droit de demander le remboursement du prix de son travail en vertu de l'article 570, complété, quant au droit de rétention, par l'article 48, I. C. Trav.

Tandis que le droit de rétention qui puisait son fondement dans le contrat conclu avec le propriétaire — droit fondé sur la connexité juridique — était plus complet, car il portait sur toutes les matières, même celles non encore travaillées, pourvu qu'elles fussent remises en vertu d'une seule convention, celui de la seconde catégorie, fondé sur le *debitum cum re junctum*, ne portera que sur les matières déjà travaillées, et seu-

lement en garantie de la portion du prix afférente à celles-ci ; le *verus dominus* revendiquant est en effet étranger à ce contrat et il ne pourra pas se voir opposer une créance que le façonnier avait uniquement contre son contractant.

Qu'arrive-t-il en Allemagne, si les matières remises au façonnier appartiennent à un autre que son contractant ? La loi accorde au façonnier un droit de gage légal garantissant le prix stipulé dans le contrat ; pourra-t-il opposer ce droit même au *verus dominus* revendiquant ?

En principe le gage constitué sur la chose d'autrui est nul, mais il existe en France une jurisprudence qui, par application de l'article 2279 du Code civil permet au créancier gagiste d'opposer son droit même au *verus dominus* ; elle a en Allemagne son équivalent dans l'article 1207 B. G. B., qui admet la valabilité d'un gage constitué sur la chose d'autrui, pourvu que le créancier soit de bonne foi. Mais toute difficulté n'est pas écartée, car l'article 1207 ne parle *in terminis* que du gage conventionnel et non pas du droit de gage légal ; or le gage du façonnier lui est conféré par la loi et non de par sa convention.

La question est plus embarrassante encore, car il existe un autre texte du B. G. B., l'article 1257, qui prescrit que les dispositions relatives au gage conventionnel reçoivent application en matière de gage légal. Doit-on conclure de là que même le gage légal portant sur la chose d'autrui est valable, si le créancier peut se prévaloir de sa bonne foi ?

En doctrine la question est controversée, et on ne peut pas même encore parler d'une opinion dominante. La théorie qui a la plus grande chance d'être admise, car elle repose sur une distinction très logique, est celle de M. Wolff (1), l'éminent professeur de la Faculté de Berlin, qui fait une distinction entre les droits de gage légaux qui reposent sur la mise en possession du créancier (façonnier, commissionnaire, voiturier, etc...) et ceux qui n'ont pas cette qualité (bailleur, aubergiste); elle n'étend la disposition de l'article 1207 qu'aux premiers. En effet, l'adage « en fait de meubles possession vaut titre », qui sert de fondement juridique au gage sur la chose d'autrui, repose sur le rôle exorbitant de la possession en matière mobilière; or comment peut-on octroyer son bénéfice à quelqu'un qui ne possède pas?

Selon cette théorie, le façonnier qui possède la chose qu'il a travaillée pourrait se prévaloir de son droit de gage légal, même contre le *verus dominus* et nous croyons aussi que cette solution, équitable en soi, est suffisamment justifiée en droit.

Telle n'est pas cependant l'opinion de la jurisprudence. Toutes les décisions qui ont été rendues depuis 1900 considèrent que l'article 1257, qui étend au gage légal les dispositions relatives au gage conventionnel, ne trouve application qu'en ce qui concerne la procédure de saisie, et ne tranche point la question de la constitution du gage; en conséquence les tribu-

(1) Enneccerus, Kipp et Wolff, II, I, § 163.

naux nient constamment l'efficacité d'un gage légal constitué de bonne foi par le créancier (1).

Le façonnier ne pourra donc pas se prévaloir de son droit de gage légal à l'encontre du *verus dominus*; il n'aura que la créance des articles 934 et suivants (correspondants au 570 du Code civil) et seulement pour les choses déjà travaillées. Quant à celles qui sont encore à l'état originaire, il devra les rendre et le recours qu'il aura contre son contractant ne sera garanti par aucun droit de rétention.

Nous citerons un arrêt de la Cour d'appel de Marienwerder du 28 mai 1907 (2), car il est très bien motivé et il se réfère à la question qui nous intéresse.

Il s'agissait d'une machine agricole remise par un non *dominus* à un mécanicien pour être réparée. Au bout d'un certain temps, le *verus dominus* revendique sa chose et se voit opposer le gage légal du façonnier pour le paiement du prix stipulé entre celui-ci et son contractant.

La Cour lui refuse le bénéfice du droit de gage en se fondant sur les arguments que nous avons vus. Mais elle ne condamne le façonnier qu'à une exécution trait pour trait, son obligation de rendre la chose étant subordonnée à celle du propriétaire de payer le prix du travail. Seulement quel sera ce prix? Celui stipulé par le façonnier et le non *dominus*? Non — dit la

(1) R. G. 104, 301. O. L. G. 2, 80; 2, 219; 4, 329; 14, 383; 15, 358; 25, 173.

(2) O. L. G. 15, 338.

Cour —, car le propriétaire ne peut pas se voir opposer le prix stipulé dans un contrat auquel il a été étranger. Le montant de sa dette envers le façonnier se déterminera conformément aux règles des articles 994 et suivants ; il devra notamment l'intégralité des impenses nécessaires et, en cas de bonne foi du façonnier, la plus-value encore existante des impenses utiles, car il ne peut pas s'agir de faire respecter par le *verus dominus* un prix stipulé par un autre que lui. Dans l'espèce, il n'y a pas eu de différence entre les deux sommes, car les réparations ont été considérées comme impenses nécessaires et la Cour les avait évaluées au même montant ; mais l'arrêt nous paraît très bien motivé au point de vue juridique, par la distinction qu'il fait entre la créance que le façonnier a contre son contractant, et celle qu'il pourra opposer au *verus dominus*.

Si le façonnier peut opposer le droit de rétention aussi bien au propriétaire qu'au non *dominus*, ce n'est pas en garantie de la même créance, c'est en garantie de deux créances distinctes dont l'une puise son origine dans le contrat et aura comme débiteur le contractant, alors que l'autre résulte de l'obligation légale d'indemniser le façonnier de son travail ; au paiement de cette dernière sera tenu tout revendiquant, car, par la revendication même, il s'en constitue débiteur.

C'est cette distinction entre les deux créances qui ne paraît pas être faite en France, quand on parle de l'opposabilité, *erga omnes*, du droit de rétention du façonnier, dans le cas où il peut se prévaloir de la

connexité matérielle entre la créance et la chose retenue.

M. Cassin lui-même, qui fait pourtant d'une manière remarquable la discrimination entre le droit de rétention fondé sur le *debitum cum re junctum* et celui qui repose sur la connexité juridique (qu'il appelle, nous le savons, ex. n. a. c.), parle « d'une superposition de deux garanties voisines mais distinctes, pour assurer le paiement d'une même créance, qui peut être très précieuse à celui qui a été chargé par contrat de faire sur un bien appartenant à autrui des impenses et des travaux de conservation ou d'amélioration » (1).

A notre sens il s'agit non pas d'une double garantie pour la même créance, mais justement du contraire, c'est-à-dire d'une garantie unique, et de deux créances superposées. Quant au droit de rétention, il portera sur les choses à l'occasion desquelles ces deux créances sont nées. Quand il s'agira d'opposer le prix du contrat, il portera sur toutes les matières qui ont été remises en vertu de ce contrat, sans distinguer entre celles qui ont été déjà travaillées et les autres. Tandis que, si l'on oppose la créance de l'article 570, le droit de rétention sera restreint aux objets déjà transformés, car c'est à l'occasion de ceux-ci seuls que cette créance est née ; quant aux autres, le façonnier devra les rendre au propriétaire, car il les garde sans titre.

L'article 570 du Code civil — étranger à toute idée

(1) CASSIN, p. 188 et, dans le même sens, S. 22, 2. 25, note du même auteur sous Douai, 25 nov. 1921.

de contrat — en parlant du prix de la main-d'œuvre, ne se réfère pas, et ne peut pas se référer à un prix stipulé dans un contrat passé entre le façonnier et un tiers, autre que le propriétaire de la matière, mais il vise la *valeur* de ce travail; et l'article 48, I. C. Trav. qui reprend cette disposition en la renforçant par le droit de rétention, en spécifiant que ce dernier sera exercé « dans les conditions prévues par l'article 570 du Code civil », règle la situation entre l'ouvrier et un tiers propriétaire de la matière en dehors de tout contrat. La référence qu'il fait à l'article 570 du Code civil, dans son texte, nous en donne la preuve.

La distinction entre ces deux créances peut avoir d'importantes répercussions pratiques. Le prix stipulé dans le contrat pourra être modique ou exagéré. Le façonnier, qui sera obligé de livrer les objets au vrai propriétaire, ne pourra pas prétendre au paiement d'un prix qui excéderait la valeur réelle de son travail, et il ne pourra pas non plus être contraint de se contenter du prix modique qu'il avait consenti — par faveur peut-être — à son contractant. Il pourra, en vertu de l'article 570, demander toujours le remboursement de la juste valeur de son travail.

Le problème ainsi posé, il ne sera pas besoin de recourir à un droit de rétention réel, opposable *erga omnes*, car en réalité il y a deux créances distinctes, et les *omnes* seront toujours les débiteurs mêmes de l'une d'entre elles.

La jurisprudence française ne fait, pas plus que la doctrine, la distinction entre ces deux créances d'ori-

gine différente. Elle affirme que le droit de rétention du façonnier est opposable aux tiers de la même manière qu'il l'aurait été au contractant (1).

S'il y a quelque chose de « réel » dans notre matière, alors c'est cette créance de l'article 555 et 570 du Code civil *in rem scripta*, qui appartient au possesseur qui a fait des impenses contre quiconque revendique la chose en qualité de propriétaire ; et c'est celle-ci qui jette par voie de conséquence une ombre fallacieuse de réalité sur la garantie qui l'accompagne (2).

(1) V. not. Req., 13 mai 1861, S. 61. 1. 865.

(2) Il nous paraît intéressant de faire mention en peu de mots d'un moyen original de se faire payer, conféré par l'art. 1003, B. G. B. au possesseur créancier pour impenses, si le propriétaire néglige de revendiquer la chose et ne ratifie pas les impenses faites. En France la situation est sans issue. Le possesseur devra attendre que le propriétaire revendique la chose pour faire valoir par voie de rétention ou d'action sa créance en remboursement des impenses. Les inconvénients se sont manifestés surtout en cas de faillite du propriétaire, quand le syndic pourra ne pas avoir intérêt à revendiquer le bien à la masse et le possesseur sera alors obligé de garder indéfiniment une chose qui pourtant ne lui appartient pas. En Allemagne l'art. 1003, B. G. B. permet au possesseur d'impartir au propriétaire un délai à l'effet de déclarer s'il ratifie les impenses. Ce délai passé, il pourra se payer sur la chose, comme sur un gage. Mais il n'a pas un droit réel sur la chose ; il est simplement dans la situation de tout créancier poursuivant l'exécution et il sera primé par tous les créanciers ayant un droit réel, même ceux dont le titre est postérieur à sa possession (R. G., 71. 426). C'est un droit de rétention renforcé par le *jus distrahendi*, qui diffère du gage et de l'antichrèse en tant qu'il n'est pas réel.

§ 3. — Le droit de rétention pour dépenses
faites à l'occasion d'une chose.

Qu'arrive-t-il si les impenses faites à l'occasion d'une chose consistent non pas dans des opérations matérielles d'incorporation d'une valeur à la chose d'autrui, mais simplement en certaines dépenses faites en vue et au profit de cette chose sans en augmenter la valeur objective. Un créancier pour ce genre d'impenses pourra-t-il retenir la chose jusqu'à ce qu'il soit remboursé de sa dépense ?

L'affirmative est hors de doute si les deux parties sont liées par un rapport contractuel ; le créancier pourra exercer le droit de rétention fondé sur la connexité juridique.

Mais il peut y avoir des hypothèses où le contrat fasse défaut et c'est alors surtout que le bénéfice du droit de rétention sera le plus précieux.

Telle est la situation de l'héritier apparent qui, condamné sur l'action en pétition d'hérédité, est obligé de restituer les biens de la succession ; et on se demande s'il peut retenir ces biens jusqu'à ce qu'il soit remboursé des dettes qu'il a payées à la décharge de celle-ci.

La loi allemande tranche la question par l'affirmative, tandis qu'en France il y a divergences entre la doctrine et la jurisprudence.

Celle-ci — malgré la critique très fondée de l'unanimité des auteurs — refuse le droit de rétention à

l'héritier apparent, et des quelques décisions qui ont été publiées sur notre question, il semblerait résulter que le motif de ce refus vient de ce que le lien matériel entre la créance et les biens qui composent la succession, le *debitum cum re junctum* matériel fait défaut.

Une seule décision, un arrêt de la Cour de Chambéry (1), est explicite dans ses motifs. Quoique la Cour invoque notamment à l'appui de la solution qu'elle donne, le caractère exorbitant du droit de rétention « plus énergique que le privilège lui-même, qui ne peut se justifier que par une disposition formelle de la loi », il semble bien que les vrais motifs de son arrêt doivent être cherchés dans le deuxième chef de ses considérants, où l'on peut lire que, pour que le droit de rétention puisse être admis, il faut qu'il existe « *un lien d'intime connexité, debitum cum re junctum, comme s'il s'agissait par exemple d'impenses utiles ou nécessaires faites sur l'immeuble même.* »

En Allemagne une pareille conception de la notion des impenses n'existe pas. Quoique l'article 2022 B. G. B. (2), qui s'occupe d'une manière expresse de notre question, ne parle que d'« impenses » sans

(1) Chambéry, 8 fév. 1875, S. 76. 2. 323. V. aussi Agen, 19 janv. 1842, S. 43. 2. 282, quoique les motifs ne soient pas concluants.

(2) Art. 2022 : « Le possesseur de l'hérédité n'est tenu de restituer les objets de la succession que contre le remboursement de ses impenses, en tant que celles-ci ne sont pas couvertes par l'imputation de l'enrichissement à restituer aux termes de l'art. 2021. On applique les dispositions des art. 1000 à 1003 relatives à la revendication de la propriété ».

préciser davantage, doctrine et jurisprudence sont d'accord — et il n'existe à cet égard aucun arrêt qui l'ait mis en doute — qu'on doit entendre par le mot *impenses* de cet article, non seulement les frais d'entretien, les améliorations ou les constructions, mais toute somme déboursée par le possesseur d'une hérédité, dans l'intérêt de la succession : paiement d'une dette de celle-ci, acquittement d'un legs, paiement des droits successoraux, etc... (1). Autrement ce texte perdrait en réalité toute son utilité, car l'héritier apparent pourrait se prévaloir du droit de rétention de tout possesseur qui a fait des impenses sur la chose d'autrui. En ce qui concerne les impenses matérielles, la solution française est d'ailleurs la même, sous la condition cependant qu'il soit de bonne foi.

Si la jurisprudence allemande est large en ce qui concerne la signification à donner au mot « *impenses* » dans notre matière, elle interprète l'article 2022 restrictivement quant à la personne de celui qui peut bénéficier de cette disposition, et elle ne l'applique qu'à celui qui, tout en possédant un bien de la succession, est étranger à celle-ci.

La Cour de Berlin (2) dans un arrêt du 24 février 1903, refuse le droit de rétention au cohéritier qui était en possession des biens de la succession, qui

(1) Quant au montant de sa créance, s'il est de bonne foi, il aura droit au remboursement de toutes ses impenses sans exception, tandis qu'en cas de mauvaise foi on revient aux règles du droit commun entre possesseurs et propriétaires.

(2) Kammergericht (cour d'appel de Berlin), O. L. G. 8, 272.

invoquait le bénéfice de l'article 2022 B. G. B. pour une somme de 1.300 M. qu'il avait déboursée en payant une dette qui la grevait. En partant du principe que le droit de rétention ne doit être admis que là où la sûreté de la créance l'exige, la Cour conclut que la situation du cohéritier n'est pas identique à celle de l'héritier apparent. Celui-ci, étant étranger à la succession, perd par la restitution des biens toute garantie d'être promptement remboursé. Tout autre est la situation du cohéritier qui doit livrer un bien à la masse du partage. Même si le bien est vendu, il en retrouvera le prix dans le partage et il aura le moyen de se payer en prélevant une somme d'autant plus forte. « Ses droits sont suffisamment garantis et le droit de rétention du possesseur d'hérédité ne doit pas être étendu au cohéritier ».

Dans une espèce analogue le tribunal appuie sa décision sur l'entrave qu'apporterait le droit de rétention au partage, qui ne peut pas être fait avant que tous les biens ne soient réunis en masse (2).

(1) Warn. 10, n° 141.

(2) Ce deuxième arrêt nous paraît moins bien motivé, car il existe certaines décisions, en matière non pas d'indivision successorale, mais de copropriété ordinaire, où, à la fin de l'indivision un copropriétaire est reconnu fondé à retenir certains objets, sur lesquels il avait fait des impenses, jusqu'à ce que la part de ces impenses revenant à ses copropriétaires lui soit payée. V. not. R. G., 109, 167, où le Reichsgericht casse un arrêt de la même cour de Berlin, en considérant que « le droit de rétention n'entrave nullement le partage, car il n'aboutit qu'à une exécution trait pour trait ».

Nous n'avons pas pu trouver de jurisprudence sur le point de savoir si les tribunaux donnent la même solution, quand il s'agit, non pas du paiement d'une charge, mais d'impenses matérielles faites par un cohéritier sur un bien de la succession. Nous ne croyons pas que la solution puisse être différente : *eadem ratio, eadem lex*. — Puis les articles 994 à 1000 B. G. B. (équivalents des art. 555 et 570 C. civ.) ne visent en somme que le possesseur de la chose d'autrui et non pas le copropriétaire.

Si à toutes ces solutions allemandes on ne peut pas trouver des équivalences dans la jurisprudence française, c'est parce que celle-ci ne considère pas comme une impense le paiement d'une dette, et ne réserve cette expression qu'aux incorporations matérielles faites à une chose corporelle. Elle accorde la rétention comme équivalente de la perte du droit de propriété sur les matières incorporées à la chose d'autrui qui sont acquises au propriétaire de la chose principale par le fait même de cette incorporation ; or, dans le cas du paiement d'une dette, de toute évidence, cette valeur n'est pas incluse dans les biens de la succession.

Cette solution nous paraît d'ailleurs des plus contestables. En définitive, en considérant non pas chaque bien à part, mais la succession comme universalité juridique, n'est-ce pas faire des impenses et encore des plus utiles que de payer des dettes qui la grevaient ?

La situation de l'héritier apparent créancier des sommes déboursées dans l'intérêt de la succession est

le cas classique de dépenses faites à l'occasion d'une chose sans que ces dépenses puissent être qualifiées impenses dans le sens matériel de cette expression, mais il est loin d'être le seul.

Il peut y avoir notamment des situations de ce genre lorsqu'un possesseur de la chose d'autrui a acquitté, en dehors de tout lien contractuel, des impôts, des droits de douane afférents à cette chose, ou s'il l'a par exemple assurée. Supposons que de pareils frais aient été faits par un mandataire, à qui des choses appartenant à un tiers ont été remises par son mandant pour faciliter l'exécution de sa mission. Peut-il opposer le droit de rétention, jusqu'au remboursement de ses dépenses, à l'action en revendication du *verus dominus* ?

C'est, nous semble-t-il, mal poser la question que de se demander s'il peut se prévaloir de la connexité juridique ou de la connexité matérielle pour ne lui accorder l'opposabilité du droit de rétention au *verus dominus* que dans la dernière hypothèse.

A notre sens on doit résoudre d'abord une autre question, celle de savoir si le possesseur a ou n'a pas de créance contre le *verus dominus*. Les articles 555 et 570 ne constituent débiteur le propriétaire revendant que pour les constructions, améliorations, plantations faites sur une chose, et pour la valeur du travail qui lui a été incorporé, mais ils ne tranchent pas la question de simples dépenses faites à l'occasion d'une chose. Cependant il peut tout de même arriver que le *verus dominus* ait tiré profit des sommes débours-

sées par le mandataire ; que les droits de douane ou les impôts indirects par exemple l'aient dispensé de les payer encore une fois, et le mandataire aura alors contre lui sinon l'action du gérant d'affaires, au moins une créance jusqu'à concurrence de son enrichissement.

Si cette créance existe, alors seulement on peut se demander si elle sera garantie par le droit de rétention.

La réponse affirmative, qui nous paraît logique et équitable peut cependant faire doute en France, vu la conception matérielle que les tribunaux se font de la notion « d'impenses » quand il s'agit d'accorder à l'héritier apparent le droit de rétention pour les dettes acquittées à la décharge d'une succession, quoique l'existence d'une créance au profit de l'héritier apparent soit évidente.

A notre connaissance il n'existe pas de jurisprudence publiée sur cette question, mais nous ne croyons pas que les tribunaux puissent persévérer dans la pratique inaugurée par la Cour de Chambéry, selon laquelle, pour que le droit de rétention soit admis, il faut qu'il existe « un lien d'intime connexité, *debitum cum re junctum*, comme s'il s'agissait par exemple d'impenses utiles ou nécessaires faites sur l'immeuble même » (1).

En réalité, il n'est pas du tout nécessaire de recourir à la notion d'impenses, quand il s'agit d'opposer le

(1) Chambéry, 8 fév. 1875, précité.

droit de rétention du mandataire au *verus dominus*. La créance repose en effet sur l'idée d'enrichissement sans cause de celui-ci et la rétention trouvera alors son fondement dans le quasi-contrat d'enrichissement sans cause. La Cour de cassation, saisie d'un cas semblable, s'est prononcée — on s'en rappelle — pour l'affirmative (1).

D'ailleurs, même si l'on élargissait la notion d'impenses il n'en résulterait aucun inconvénient pour le *verus dominus*, car la créance de laquelle il sera tenu ne devra pas forcément être égale à celle qui pourrait être opposée au mandant et qui puise son origine dans le contrat de mandat. Cette situation est identique à celle du façonnier qui a façonné des matières, qui n'appartenaient pas à son contractant, avec cette différence, toutefois, que la créance du façonnier contre le *verus dominus* est déterminée par l'article 570 du Code civil, tandis que celle du mandataire ou de toute autre personne qui a fait, à l'occasion d'une chose, des dépenses qui ont profité au propriétaire, repose sur le principe légal que « nul ne doit s'enrichir au dépens d'autrui ».

Nous avons vu déjà, à l'occasion de l'héritier apparent, qu'en Allemagne cette conception matérielle de la notion d'impenses n'existe pas. Il y a, à la vérité, une définition, donnée par le Reichsgericht, de cette notion et selon laquelle doit être considérée comme

(1) V. *suprà*, p. 45 et 46 ; Req., 25 avril 1900, S. 01. 1. 193,

impense *toute dépense faite volontairement sur une valeur patrimoniale pour atteindre un but poursuivi* (1).

S'il s'agissait par exemple du paiement d'une dette qui grevait la chose, le possesseur devra être intégralement remboursé, car c'est de la somme entière que le propriétaire débiteur de cette dette a tiré profit. Si les dépenses faites par le possesseur n'ont pas ce caractère de nécessité, il n'aura l'*actio de in rem verso* contre le propriétaire revendiquant que jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi ; et cette somme pourra être beaucoup plus petite, ou même quelquefois ne pas exister du tout.

L'article 273, alinéa 2, en vertu duquel le droit de rétention appartient « à quiconque est obligé à la délivrance d'un objet, lorsqu'il peut faire valoir une prétention actuellement échue *à raison de dépenses faites pour cet objet*, est conçu en termes suffisamment larges pour que la créance, même pour impenses non matérielles, puisse être garantie par le droit de rétention.

Une preuve de cette conception large de la notion de *dépenses faites pour une chose* nous est fournie par l'article 972 B. G. B. (2). Ce texte étend le bénéfice du droit de rétention à l'inventeur pour la garantie de sa créance en remboursement des dépenses, de publicité

(1) Reichsgericht, 5 avril 1909, I. W. 09, 311. V. aussi Celle, 10 nov. 1905, O. L. G. 12, 274.

(2) Art. 972, B. G. B. : « Sont applicables aux cas des articles 970 et 971 les dispositions des articles 1000 à 1002, concernant les impenses que le possesseur peut réclamer au propriétaire ».

par exemple, faites pour découvrir le propriétaire.

Cet article dit en termes exprès que c'est le droit de rétention de l'article 1000 B. G. B. (relatif au possesseur créancier de ses impenses) qui sera appliqué à l'inventeur ; on est cependant loin, en pareille hypothèse, de l'incorporation d'une valeur à la chose d'autrui.

§ 4. — Le droit de rétention pour dommages causés par une chose.

Il y a enfin un cas de droit de rétention dont la loi française ne parle pas et sur lequel la jurisprudence n'a pas eu non plus l'occasion de se prononcer.

C'est celui de l'alinéa 2, deuxième disposition de l'article 273 B. G. B., qui étend le bénéfice du droit de rétention à celui qui a subi un dommage occasionné par une chose qu'il a en sa possession.

La question paraît s'être peu présentée en pratique et, comme il n'y a à notre connaissance pas de jurisprudence la concernant, ni en France ni en Allemagne, nous ne nous arrêterons pas longtemps sur elle.

M. Cassin envisage le problème (1) et il reconnaît qu'on en est réduit à des suppositions sur l'attitude éventuelle des tribunaux. Il cite le projet de loi, devenu, depuis, la loi du 31 mars 1924, relative à la circulation aérienne (2), dont l'article 17 alinéa 3 dis-

(1) CASSIN, p. 155, note 3.

(2) *Jour. off.* du 3 juin 1924.

pose que, « en cas de dommage causé à la surface par la chute d'un aéronef étranger et dont le propriétaire est domicilié à l'étranger, comme aussi en cas d'infraction à la présente loi par un étranger, tous les agents chargés par l'article 77 de l'exécution de la présente loi, et spécialement le maire de la commune d'atterrissage, pourront faire appel à la force publique pour retenir l'aéronef pendant 48 heures, de façon à donner au juge de paix le temps d'accéder sur les lieux et d'arbitrer le montant des dommages causés, et aussi, en cas d'infraction, des amendes et frais encourus ».

Il résulte du rapport fait par M. Ripert à la Commission de la Société d'Etudes législatives qu'on avait envisagé l'éventualité d'accorder un droit de rétention au propriétaire dont le fond avait été endommagé par l'atterrissage, même forcé, d'un aéronef. Cette solution radicale a été écartée, par le motif que « l'exercice d'un pareil droit paraît de nature à relever des violentes difficultés. Seul l'emploi de la force pourrait empêcher le départ de l'appareil encore intact et la loi ne saurait convier le propriétaire du sol à cet acte de justice privée (1) ». On s'est donc arrêté au texte transactionnel que nous avons vu, et seulement si l'aéronef est étranger.

Peut-on conclure de là que la loi française se montre peu favorable au droit de rétention pour dommage causé par une chose, ou bien est-ce une disposition

(1) Rapport de M. Ripert, p. 15.

déroatoire au droit commun prise dans une matière spéciale ?

On trouve à l'appui de la seconde opinion un texte de loi (1) qui admet la mise en fourrière des animaux qui ont endommagé un fonds, et qui prescrit une saisie abrégée si le propriétaire ne les revendique pas dans la huitaine en offrant de payer les dégâts.

Nous n'envisageons pas le cas où le dommage est occasionné par une chose qui avait été remise à la victime en vertu d'un contrat (dépôt, commodat, par ex.), car, dans cette hypothèse, l'article 1948 du Code civil est suffisamment large pour justifier la rétention (2) ; nous considérons seulement celui où le possesseur n'a aucun titre pour la retenir, sinon le droit à la réparation du dommage qui lui a été occasionné par elle.

Vu la précarité des textes, et vu l'état actuel de la jurisprudence française, peut-on conclure que la connexité fondée sur un dommage causé par une chose serait suffisante pour déterminer les tribunaux à admettre dans ce cas un droit de rétention ? Se laisseraient-ils déterminer par des arguments d'analogie tirés de la loi sur la mise en fourrière des animaux, ou bien considéreront-ils celle-ci comme une dérogation au droit commun, *contrà tenorem juris utilitatis causâ introductum* ?

Nous croyons qu'il existe des raisons sérieuses de douter d'une pareille extension du *debitum cum re junctum*.

(1) Loi du 4 avril 1889, titre VI, art. 1.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Du prêt*, n° 669.

D'abord, dans tous les cas où la jurisprudence est arrivée à accorder le droit de rétention, c'est le législateur qui lui avait tracé la voie : l'article 867 du Code civil pour les impenses matérielles de l'article 1948 quant aux choses remises en vertu d'un contrat. Or, nulle part, on ne retrouve dans le code une disposition analogue relative à un dommage causé par une chose.

D'ailleurs nous savons que les tribunaux se tiennent strictement aux indications de la loi, et l'interprétation restrictive qu'ils donnent à la notion « d'impenses », quand il s'agit non pas d'incorporations matérielles, mais simplement de dettes payées à la décharge d'une succession, ne nous permet pas de déduire que le droit de rétention pour dommage causé par une chose sera admis, faute d'un texte explicite, comme celui du 2^e alinéa, article 273 B. G. B. Au surplus, dans ce cas on ne peut plus faire intervenir la notion d'enrichissement sans cause.

Même s'ils l'admettaient, il ne pourrait pas s'agir, comme en matière d'impenses, d'un droit de rétention « réel » opposable *erga omnes* — nous savons d'ailleurs déjà ce qu'il faut penser de cette réalité —, mais seulement d'un droit opposable à celui qui sera tenu de réparer le dommage, ou qui sera devenu le successeur juridique de celui-ci.

Mais, comme nous sommes réduit à faire des suppositions, faute de documentation jurisprudentielle, nous ne tarderons pas davantage à l'étude de cette question.

CHAPITRE III

LA CONNEXITÉ CONVENTIONNELLE

De ce qui a été dit jusqu'ici, il résulte que la loi et la jurisprudence n'admettent le droit de rétention que dans les hypothèses où il s'agit de deux prestations issues de la même opération juridique, ou nées à l'occasion d'une même chose.

Il n'est pas nécessaire aux parties de créer entre les deux créances réciproques qui existent entre elles une connexité artificielle pour que le juge aperçoive que dette et créance sont étroitement liées. La connexité résulte suffisamment de la nature même des deux prestations pour pouvoir justifier une exécution trait pour trait, la seule à laquelle les deux parties peuvent être tenues.

Dans les cas de *debitum cum re junctum*, la connexité saute aux yeux ; elle est palpable, extérieure, et résulte, en dehors de toute opération juridique, d'incorporations matérielles faites à la chose d'autrui.

Dans ceux de connexité juridique, il s'agit de prestations issues sinon du même contrat, au moins de ce que la loi allemande appelle « le même rapport juridique », ce complexe de rapport de droit qui doit

être considéré comme une unité naturelle et d'origine, et ne peut pas être scindé, sans que l'équité soit violée.

Nous avons vu que la connexité juridique n'a pas la même étendue en Allemagne qu'en France. La jurisprudence française se montre plus sévère, et ne reconnaît l'existence de l'unité de l'opération que dans l'hypothèse d'opérations issues du « même contrat ». La Jurisprudence allemande, au contraire, la cherche non pas dans la forme extérieure du contrat à l'occasion duquel les deux créances opposées sont nées, mais dans la connexité intrinsèque, intellectuelle des opérations, et elle les considère comme appartenant « au même rapport juridique » unitaire, même si elles sont issues d'opérations juridiques distinctes.

Faut-il aller encore plus loin ? Faut-il admettre que les parties peuvent bénéficier des avantages du droit de rétention même si l'unité de l'opération ne résulte pas de la nature des obligations, mais est créée artificiellement par l'accord des volontés des parties ?

C'est cette question que nous voulons discuter maintenant, dans ce chapitre que nous avons intitulé « la connexité conventionnelle ».

Il s'agit en somme de savoir si les parties peuvent créer, en dehors des cas de connexité admis par la loi, une connexité artificielle entre deux obligations existant entre elles et qui, étrangères l'une à l'autre, ne pourraient pas être considérées comme connexes simplement par l'application du critérium légal de la connexité ; et si un pareil droit établi par la conven-

tion conférerait aux intéressés les mêmes avantages qu'un droit de rétention légal.

La question n'est réglementée ni par la loi française, ni par le B. G. B.

La doctrine française la plus ancienne considère le droit conventionnel de rétention tantôt comme une hypothèse théorique qui ne serait guère susceptible de recevoir des applications pratiques (1), tantôt comme un moyen de constituer une sûreté analogue à celle du gage ou de l'antichrèse, avec cette différence toutefois que le créancier n'aura pas le *jus distrahendi*, et qu'il n'aura pas non plus en revanche l'obligation d'accomplir les formalités de publicité prescrites pour ces deux droits. Pour que le droit de rétention soit opposable au tiers, il suffirait — selon cette théorie — que le titre ait acquis date certaine.

Glasson (2), qui est le représentant de cette opinion, part de l'idée que, la loi ayant gardé le silence, une convention établissant un droit de rétention sera opposable au tiers comme un droit réel, car il n'existe dans la loi aucune disposition prescrivant des formalités, comme il en existe en matière de gage. Quant à la loi de 1855, qui contient une énumération limitative des droits qui doivent être transcrits, elle ne mentionne nulle part le droit de rétention.

Glasson, en élaborant cette théorie, ne paraît pas s'apercevoir que les résultats auxquels il arrive sont

(1) Rép. FUZIER-HERMAN, v^o *Ret.*, n^o 57.

(2) GLASSON, *op. cit.*, p. 47 et s.

en contradiction flagrante avec deux principes essentiels du code, à savoir que les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties, puis, que les droits réels ne sont pas opposables au tiers, en l'absence de publicité.

M. Cassin (1), tout en s'élevant contre les aberrations de la doctrine qui reconnaît la possibilité de constituer par convention un droit de rétention réel opposable *erga omnes*, admet cependant que la connexité artificielle peut être créée par les parties, mais il ajoute que le droit qui en résultera ne produira pas à l'égard des tiers des effets plus étendus qu'un droit de rétention fondé sur un cas de connexité légale.

Nous croyons également qu'un droit de rétention institué par la convention des parties n'est pas en contradiction avec l'esprit du Code civil français.

Il existe, à la vérité, un texte de loi, l'article 2082, 2^o, reproduction du rescrit de l'empereur Gordien *etiam ob chirographariam...*, qui permet au créancier gagiste de retenir la chose qui lui a été donnée en gage « s'il existe de la part du même débiteur, envers le même créancier, une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage et devenue exigible avant le paiement de la première dette », et le créancier pourra invoquer ce texte « même s'il n'y aurait aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde ».

Malgré l'opinion contraire d'une partie de la doc-

(1) CASSIN, p. 471 et s.

trine, il ne peut pas s'agir dans ce cas d'un droit de gage véritable garantissant la seconde dette, si les formalités requises pour sa constitution n'ont pas été observées, mais — à notre sens — cette disposition doit être regardée comme consacrant un droit conventionnel de rétention ; la loi, suppléant à la volonté probable des parties, crée un lien de connexité artificielle entre la deuxième dette et l'objet remis en gage, lien que les parties sont d'ailleurs libres d'écarter par une convention contraire, car ce texte n'est nullement d'ordre public.

Quoique ce texte ne reçoive presque pas d'application pratique, c'est pourtant cette deuxième opinion qui a prévalu en jurisprudence. La Cour de cassation (1), saisie d'un litige de cette nature, s'est prononcée contre le privilège du créancier pour la seconde dette. Il s'agissait d'un créancier gagiste qui, dans la faillite de son débiteur demandait à être colloqué par préférence aussi pour la seconde dette qu'il avait contre celui-ci, dette qui remplissait d'ailleurs les conditions requises par l'alinéa 2 de l'article 2082.

Le tribunal d'Auch, dont le jugement est confirmé par la Cour d'Agen et sur pourvoi par la Chambre des Requêtes, lui refuse le privilège pour la seconde dette ; mais, dans ses considérants, il invoque des arguments qui n'ont rien à voir avec la question. Il fait valoir d'abord une considération d'équité : « qu'il serait anormal que le créancier puisse revendiquer les avantages

(1) Req., 13 juil. 1898, D. 99. 1. 556.

de l'article 2082, 2°, lorsqu'il ne peut pas faire valoir ceux d'un gage conventionnel expressément stipulé, mais annulé par application des articles 443 et 447 du Code de commerce ; qu'un pareil système serait une prime à la fraude et une atteinte au principe d'égalité, qui doit régner, en cas de faillite, entre tous les créanciers ». A la vérité, cette remarque est très juste et beaucoup plus fondée que ceux qui la suivent. Mais le tribunal fait encore valoir qu'un droit de rétention ne peut pas porter sur une chose incorporelle — il s'agissait d'une créance remise en gage —, car il a comme base unique la possession réelle ; or, le titre que le créancier possède n'est pas la créance même, mais seulement un moyen de preuve.

Le tribunal n'avait pas besoin de recourir à cet argument — très contestable — que le droit de rétention ne peut porter que sur une chose qu'on possède ; il aurait dû se borner à dire que le droit de rétention, comme droit personnel, n'est pas opposable à la faillite du débiteur. Nous verrons d'ailleurs, dans le chapitre suivant, que la jurisprudence est encore mal fixée sur cette question.

En laissant de côté l'hypothèse de l'article 2082, 2°, qui n'a donné lieu qu'à une jurisprudence bien maigre, il convient de citer encore quelques décisions en matière commerciale qui admettent la validité de conventions établissant une connexité artificielle entre diverses créances, non connexes, par l'application des règles sur le droit légal de rétention. Il s'agit, dans celles-ci, de l'interprétation d'une clause du règlement

des Docks du Havre, en vertu de laquelle un négociant peut consentir un droit général de rétention sur toutes les marchandises déposées, même pour la garantie de frais afférents à d'autres marchandises que celles retenues. La jurisprudence a reconnu la validité d'une pareille stipulation, elle l'a déclarée opposable même aux ayants cause à titre particulier du propriétaire de la marchandise.

Mais le tribunal du Havre (1), devant lequel la question a été portée, ne fait pas mention dans ses motifs d'un droit conventionnel de rétention; il se fonde au contraire sur le fait « que le règlement des Docks, dûment homologué par le ministre compétent, a force de loi ».

En réalité, par cette interprétation, la connexité acquiert aux yeux du juge une base légale, et la question de la validité d'un droit conventionnel de rétention n'a même pas été posée.

Faute d'une documentation jurisprudentielle plus complète on ne peut pas conclure sur l'attitude des tribunaux français relative à un droit de rétention établi par une convention. Dans les deux décisions que nous avons pu retrouver les juges évitent la difficulté et fondent leurs solutions sur des arguments en dehors du sujet.

En Allemagne, au contraire — où une disposition analogue à l'article 2082, 2° du Code civil n'existe

(1) Trib. com. Havre, 26 mai et 17 nov. 1891, *Rec. du Havre*, 91, 1, 204 et ss.

d'ailleurs pas —, doctrine et jurisprudence sont d'accord quant à la validité et aux effets d'un droit de rétention établi par convention.

L'article 273 B. G. B. n'a réglementé que le droit de rétention légale, mais, en partant du principe de la liberté des conventions, la doctrine (1) et une jurisprudence constante (2) reconnaissent la validité d'une stipulation établissant un droit de rétention même au delà des conditions de connexité, qui sont à la base du droit de rétention légale de l'article 273.

Rien ne s'oppose en effet à ce qu'un pareil contrat soit valable, pourvu que les conditions requises pour la validité des conventions en général soient respectées.

Mais, de là, il ne suit nullement que le droit de rétention créé par une pareille convention soit réel, qu'il soit opposable aux tiers comme un droit de gage par exemple; il ne pourra produire d'effets — comme toute convention — qu'entre les parties.

Un arrêt du Reichsgericht rendu peu après la mise en application du B. G. B. (14 mars 1902) (3) s'est prononcé sans équivoque sur cette question. Cet arrêt était d'autant plus nécessaire que, sous l'empire du droit commun, la Cour suprême avait admis la constitution d'un droit de rétention réel, produisant à l'égard des tiers les mêmes effets qu'un droit de gage.

(1) Oertmann ad § 273, note 9; Planck ad § 559, note 3; Schollmeyer ad § 273.

(2) R. G. 66, 27; 51, 83; Seuff. A. 59, 279; 63, 396; 65, 318.

(3) R. G. 51, 83.

Ces effets ainsi délimités, rien ne s'oppose à ce qu'un droit de rétention soit établi par la convention des parties ; celles-ci restent en effet libres de stipuler ce qui leur plaît, mais sans pouvoir empiéter sur les droits qu'acquerraient des tiers étrangers à leur contrat.

Il ne sera nullement nécessaire qu'il s'agisse d'une chose corporelle que le débiteur remet à son créancier, et qu'ils conviennent que celui-ci pourrait la garder jusqu'au remboursement de sa dette ; on peut créer une connexité artificielle entre deux obligations existant entre les mêmes personnes, quelle que soit leur nature, — service, abstention, paiement d'une somme d'argent, etc.

Le propriétaire d'un terrain grevé d'une servitude de passage pourrait, par exemple, convenir que le propriétaire du fonds dominant n'aura pas le droit de passer par sa propriété, tant qu'il n'exécutera pas une obligation complètement étrangère à cette servitude, le paiement d'une dette par exemple. Une pareille convention sera parfaitement valable, mais elle ne pourra être opposée qu'au propriétaire actuel du fonds dominant et à ses ayants cause à titre universel, et nullement au nouvel acquéreur du fonds dominant, pour lequel le contrat conclu par son vendeur sera *res inter alios acta*.

Une question assez embarrassante s'est posée devant les tribunaux allemands, quand ils ont eu à se prononcer sur la validité d'une convention passée entre le bailleur et le preneur d'une maison, convention qui

établissait un droit de rétention portant sur des effets qui, à titre d'objets non saisissables, n'étaient pas compris dans le droit de gage légal du bailleur.

Le Reichsgericht s'est prononcé à deux reprises pour la validité d'une pareille clause, et la Chambre criminelle, devant laquelle la question avait été portée, a déclaré coupable (1) le preneur qui les avait enlevés des lieux loués, sans le consentement de son bailleur (2).

Une violente réaction s'est produite en doctrine contre ces arrêts ; cependant, malgré la protestation du Secrétaire d'Etat Nieberding (3), au Parlement, la même chambre, appelée à se prononcer peu après dans une espèce identique, a confirmé son arrêt antérieur (4), sans se rendre compte que, par cela même, elle encourageait une pareille convention à devenir une clause-type dans tout bail.

Quoique les considérations d'ordre social militent pour l'exclusion de la possibilité d'établir un droit conventionnel de rétention sur les objets déclarés non saisissables, la Cour estime qu'il n'existe pas de disposition légale qui prohibe la constitution d'un pareil droit.

La jurisprudence a su d'ailleurs tirer tout le profit possible de cette théorie de la rétention conventionnelle qu'elle a élaborée et elle en fait constamment des

(1) Article 289 C. pén. all.

(2) R. G. St. 35, 150.

(3) Oertmann ad § 273, note 4 b.

(4) R. G. St. 37, 118.

applications relatives à des contrats de gage nuls comme tels pour défaut d'accomplissement des formalités requises par la loi dans l'intérêt des tiers.

En partant du principe qu'on appelle le principe de la conversion, exprimé dans l'article 140 B. G. B., — familier d'ailleurs aussi au droit français —, en vertu duquel « Lorsqu'un acte juridique nul satisfait aux exigences d'un autre acte juridique, ce dernier vaut à ce titre, s'il y a lieu d'admettre que sa mise en vigueur, à supposer que l'on eût connu la nullité, aurait été voulue », — une jurisprudence constante voit, dans la constitution d'un gage nul, un droit conventionnel de rétention susceptible de produire des effets entre les parties.

Dans un arrêt un peu ancien, mais aux motifs duquel se réfèrent toutes les décisions ultérieures, le Reichsgericht (1) admet qu'un objet sans valeur pécuniaire, remis en gage, peut être considéré comme ayant été donné « en rétention ». Voici comment la Cour motive son arrêt : Si un objet, dont les parties savaient qu'il n'avait pas de valeur réalisable, a été remis en nantissement, l'intention des parties n'a pas pu être autre que de conférer au créancier le droit de garder ledit objet jusqu'au remboursement de sa créance. Peu importe que les parties aient appelé l'opération « gage » ... Il n'en serait pas autrement, même si les parties avaient cru à tort que le créancier pourrait se faire payer sur l'objet remis, car, si celui-ci avait pu

(1) R. G. 16, 169.

compter sur une sûreté plus complète, rien ne s'oppose à ce qu'il en ait une moindre : c'est-à-dire le droit de retenir ledit objet jusqu'à ce que son débiteur lui rembourse la créance.

Dans un autre arrêt (1) il s'agissait d'une police d'assurance au bénéfice d'un enfant, police que le *de cujus* avait remise en nantissement à son créancier. La Cour, tout en reconnaissant la validité d'un droit conventionnel de rétention nie, son opposabilité à l'égard des tiers. L'héritier bénéficiaire de cette police, ayant renoncé à la succession, réclamait celle-là pour pouvoir toucher le capital stipulé. Comme héritier renonçant, il était devenu étranger à la succession et par suite, il n'était pas tenu des dettes de celle-ci ; le créancier fut obligé de rendre la police à son bénéficiaire.

La solution des tribunaux allemands nous paraît équitable et logique. En réalité aucune disposition légale ne s'oppose, ni en France ni en Allemagne, à ce qu'un débiteur remette un objet à son créancier sans accomplir les formalités requises pour la constitution d'un gage. La difficulté surgit quand il s'agit de préciser les effets qu'un pareil droit produira à l'égard des tiers.

Une chose est certaine, c'est que le droit conventionnel de rétention ne peut aucunement être opposable, comme un droit de gage par exemple, aux tiers étrangers au contrat ; ce serait un moyen trop facile

(1) R. G. 54, 83.

de tourner les prescriptions légales prises pour la sauvegarde de leurs intérêts. Dans le chapitre suivant nous verrons quels sont les effets qu'un droit de rétention peut produire en dehors des parties et quels sont les tiers auxquels il peut être opposé.

CHAPITRE IV

LES EFFETS DU DROIT DE RÉTENTION A L'ÉGARD DES TIERS

Notre travail, comme étude de jurisprudence, aurait pu se borner à l'étude de la connexité sous ses trois formes, juridique, matérielle, et conventionnelle, car c'est dans la délimitation du champ d'application du droit de rétention surtout que le dernier mot appartient au juge. En réalité, comme nous venons de le voir aussi bien en France qu'en Allemagne, vu l'impossibilité dans laquelle s'est trouvé le législateur de fixer au juge une règle précise et d'une portée pratique, la théorie de la connexité est une élaboration purement jurisprudentielle.

Mais nous ne pouvons tout de même pas achever notre travail sans consacrer encore quelques pages à l'étude d'une question d'une importance aussi grande que celle de la connexité, à savoir les effets du droit de rétention à l'égard des tiers.

En définitive l'étendue du champ d'application du droit de rétention est en fonction des effets qu'on lui fera produire en dehors des parties en cause. Tant que le droit de rétention — en l'admettant même *ex dis-*

pari causâ — ne produira d'effets qu'entre le créancier et le débiteur, il ne présentera aucun danger ni pour le crédit de celui-ci, ni pour la sécurité des transactions ; les créanciers du débiteur pourront être tranquilles, ils seront assurés que l'égalité entre tous ceux qui lui ont fait confiance sera respectée, et ceux qui auront acquis des droits de sa part n'auront à craindre aucune surprise.

Mais il existe encore un autre côté du problème. En admettant cette solution radicale de l'inopposabilité du droit de rétention aux tiers, on sacrifie l'intérêt du rétenteur, qui n'a peut-être consenti à faire crédit à son contractant qu'en se sachant garanti par son droit de rétention ; si l'on permettait aux créanciers de son débiteur de saisir et faire vendre la chose qu'il tient entre ses mains, on le priverait du bénéfice de sa prévoyance au moment même où il en aurait le plus besoin : quand son débiteur est devenu insolvable.

Mais il peut y avoir un danger encore plus grave ; le débiteur malhonnête, qui refuse de payer sa dette tout en voulant rentrer en possession de la chose détenue par son créancier, trouverait facilement un complice, avec lequel il passerait un contrat simulé de vente ; il rachèterait ensuite sa propre chose après que le créancier aurait été obligé de la restituer sur l'action en revendication de ce second propriétaire, qui était « tiers » à l'égard du contrat duquel résultait la créance en garantie de laquelle le créancier exerçait la rétention.

Voilà les deux aspects du problème et la diversité

des intérêts à ménager ; on s'explique donc que cette question des effets du droit de rétention à l'égard des tiers ait été autant débattue que celle de l'étendue de son champ d'application.

La question n'est pas tranchée dans un texte spécial ni par la loi allemande, ni par le Code civil français. C'est donc dans les principes généraux du droit que sa solution doit être cherchée.

En France c'est cette question de l'opposabilité du droit de rétention aux tiers qui a donné lieu au grand débat, qui n'est pas encore clos, sur la réalité ou la personnalité du droit de rétention ; et si une grande partie de la doctrine se prononce encore aujourd'hui pour la réalité, c'est pour pouvoir justifier son opposabilité à certains tiers, contre lesquels, privé de cette qualité, il ne pourrait pas garder son efficacité.

Nous n'entrerons d'ailleurs pas dans l'analyse de toutes ces théories pour combattre ou approuver les arguments sur lesquels elles se fondent, car ce serait reprendre l'évolution du droit de rétention à travers l'histoire, et nous nous éloignerions trop de notre tâche, qui doit se borner à l'étude de la jurisprudence.

Mais comme en France il n'existe pas encore une théorie dominante en ce qui concerne les effets du droit de rétention à l'égard des tiers : chaque auteur ayant son système à lui, et les solutions qu'il propose étant le résultat de la conception *a priori* qu'il se fait sur la nature réelle ou personnelle du droit de rétention ; comme, d'autre part, la jurisprudence, dans les quelques décisions qui ont été publiées sur notre ques-

tion, est hésitante et manque d'un principe directeur, nous avons jugé préférable de renverser la méthode employée jusqu'ici et, au lieu d'exposer d'abord l'état de la jurisprudence française sur la question pour mettre en parallèle celui de la jurisprudence allemande, nous esquisserons d'abord la théorie allemande sur l'opposabilité aux tiers, qui est claire et non équivoque, pour comparer avec elle les résultats qui paraissent se dégager des arrêts français rendus sur notre problème.

§ 1. — Les effets du droit de rétention
à l'égard des tiers dans la pratique allemande.

Nous avons déjà constaté, en parlant de la différence entre l'ex. n. a. c. et le droit de rétention, qu'on ne peut pas parler d'une catégorie intermédiaire de droit de rétention entre l'exception de refus de paiement et le droit de rétention fondé sur la connexité matérielle, mais que, quel que soit le critérium de la connexité, le droit de rétention reste toujours le même, et en Allemagne personne n'a songé à attribuer au droit de rétention exercé pour garantie d'une créance en remboursement d'impenses matérielles des effets différents de ceux que produit celui qui est fondé sur la connexité juridique.

Toute cette matière de l'opposabilité du droit de rétention aux tiers est dominé par un principe qui est sévèrement respecté en Allemagne, à savoir que le

nombre des droits réels est limité à ceux qui sont reconnus par la loi et qu'il est impossible d'en créer d'autres par convention.

Or, comme le droit de rétention ne figure pas sur cette liste *il ne peut être que personnel et, comme tel, il doit être respecté par le débiteur, par ses héritiers et successeurs universels, mais il n'est pas opposable aux tiers.*

Voyons maintenant quelles sont les applications de ce principe.

I. Nous commençons par la catégorie de ceux qui, *complètement étrangers* au rapport existant entre le rétenteur et son débiteur, revendiquent la chose en vertu d'un droit qui leur est propre sans avoir jamais été dans aucune relation juridique avec le débiteur. Telle sera la situation du *verus dominus* par ex., qui revendique entre les mains du rétenteur une chose qui lui appartient, et nul doute ne peut exister que le rétenteur sera obligé de restituer la chose. Il ne pourra non plus se retrancher derrière la maxime « en fait de meubles possession vaut titre », car cet adage ne protège que celui qui possède en qualité de propriétaire et, par une extension légale en Allemagne, jurisprudentielle en France, celui qui a reçu en gage la chose d'autrui ; or le rétenteur n'aura jamais cette qualité.

Si nous avons tout de même envisagé la situation du *verus dominus* — quoique la solution aille de soi —, c'est parce qu'il pourra arriver que le droit de rétention lui soit tout de même opposable quand il porte sur une chose sur laquelle des améliorations ont été faites par le possesseur. Nous nous sommes expliqué sur cette

question en parlant du droit de rétention du façonnier, et nous avons vu que, dans cette situation, le propriétaire n'aura plus la qualité de tiers — *penitus extraneus* —, mais au contraire le droit de rétention lui sera alors opposable en tant que débiteur de la valeur des impenses, au paiement de laquelle il est obligé par le fait même de sa revendication.

II. Parmi les *ayants cause à titre particulier*, nous envisageons pour le moment la situation de l'acquéreur de la chose retenue, de celui qui a acquis le droit de propriété par une aliénation consentie par le débiteur.

Comme en Allemagne le droit de rétention est personnel, il doit résulter de l'application de ce principe que l'acheteur pourra entrer en possession de la chose sans avoir à tenir compte du droit de rétention qui appartenait au possesseur contre son auteur, car la convention ou le « rapport juridique » dont le droit de rétention est issu, est pour lui *res inter alios acta*. Il est propriétaire de la chose, et c'est en vertu de ce droit propre qu'il revendique sa restitution.

Tel est, sans doute, le principe. Mais deux situations exceptionnelles doivent être envisagées.

a) Il peut d'abord arriver que le possesseur soit créancier des impenses faites sur la chose, et son droit de rétention doit alors être respecté par le nouvel acquéreur, de même qu'il devrait l'être par le *verus dominus*, car l'article 999 alinéa 2 B. G. B. le constitue débiteur de toutes les impenses faites sur la chose qu'il revendique, même de celles qui auraient été faites

avant qu'il soit devenu propriétaire. Cette action *in rem scripta*, qui appartient au possesseur contre quiconque revendique la chose en qualité de propriétaire, prive celui-ci de sa qualité de tiers pour le rendre débiteur ; or à qui serait opposable le droit de rétention, sinon au débiteur ?

b) Un deuxième cas, où le droit de rétention sera opposable à l'acquéreur de la chose retenue, sans cependant qu'une atteinte soit apportée au principe, est celui de l'acquéreur d'un meuble.

Cette exception au principe de l'inopposabilité du droit de rétention aux tiers est due aux caractères particuliers de la vente en droit allemand. A la différence de ce qui se passe en matière immobilière, où le consentement des parties et la transcription de l'acte sur les registres fonciers transfèrent la propriété de l'immeuble *erga omnes* ; en matière mobilière la vente est considérée comme un contrat réel, qui ne sera parfait qu'au moment où la tradition de la chose vendue aura été faite. On peut parfaitement vendre une chose mobilière qui est en la possession d'un tiers et, dans ce cas-là, le transfert de la possession, la tradition réelle est remplacée par la cession de l'action personnelle que le vendeur avait contre le détenteur ou de l'action en revendication qui lui appartenait contre le tiers possesseur (1).

(1) Art. 931 B. G. B. (Titre III. *De l'acquisition et de la perte de la propriété sur les meubles*) : « Si la chose est possédée par un tiers, la tradition peut être remplacée par la cession que le propriétaire fait à l'acquéreur de l'action en restitution de la chose ».

Pour que l'acquéreur puisse entrer en possession de la chose achetée, il devra exercer l'action qui lui a été cédée par son auteur. Cette action restera, entre les mains de qui que ce soit, entachée des mêmes vices dont elle était atteinte au temps où elle se trouvait dans le patrimoine du vendeur; le cessionnaire, en mettant en mouvement cette action, pourra se voir opposer toutes les exceptions que le possesseur pouvait opposer à son cédant c'est donc non pas en sa qualité de tiers acquéreur de la chose, mais en tant que cessionnaire de la créance en restitution que la personne, à laquelle le débiteur aura aliéné un bien mobilier retenu par son créancier, devra respecter le droit personnel de rétention de celui-ci.

Cette solution est consacrée législativement par l'article 986, alinéa 2 B. G. B., en vertu duquel : « Le possesseur d'une chose qui a été aliénée conformément à l'article 931, au moyen de la cession de l'action en restitution, peut opposer au nouveau propriétaire les exceptions qui lui appartiennent à l'encontre de l'action cédée ». Il va sans dire qu'il ne devra pas s'agir d'un droit de rétention fondé sur la connexité matérielle, car, dans ce cas-là, l'acquéreur sera plus qu'un cessionnaire, il sera le débiteur même, mais le droit de rétention pourra reposer sur la connexité juridique, voire même conventionnelle.

En matière immobilière au contraire, la sécurité de l'acquéreur sera complète. Réserve faite de la créance en remboursement pour impenses, dont il sera toujours tenu comme débiteur, l'acquéreur n'aura rien à

craindre. Le principe de la publicité des charges réelles immobilières, qui n'est pas comme en France un vœu de la loi, mais bien un de ses principes de base, s'opposerait à toute solution contraire.

S'il s'agit d'un meuble, les principes ne sont plus aussi sévères ; c'est la possession qui constitue la seule et meilleure publicité. L'acheteur, voyant que son vendeur n'avait pas le bien entre ses mains, aurait dû prendre ses renseignements, s'informer auprès du détenteur, et ne consentir à l'achat qu'après s'être assuré qu'aucun obstacle ne s'opposait à son entrée en possession. Il n'a qu'à s'en prendre à lui-même de subir maintenant les conséquences de sa négligence.

En dehors de ces considérations qui ne relèvent pas absolument du domaine du droit, la solution allemande relative à l'acquéreur de meubles ne manque pas de base juridique. L'acheteur exerce une action *cédée* par son auteur, et cette qualité de cessionnaire lui confère une situation beaucoup moins solide que celle résultant du titre de propriétaire.

Nous verrons qu'en France, par suite de l'effet translatif de propriété de la vente, l'opposabilité du droit de rétention au tiers acquéreur est beaucoup plus difficile à justifier si l'on ne recourt pas à la notion d'un droit de rétention réel.

III. Une autre catégorie de tiers avec lesquels le rétenteur peut entrer en conflit est celle formée par *les créanciers du débiteur*.

En ce qui concerne ces derniers, les solutions allemandes sont aussi précises et aussi peu équivoques

que tout à l'heure, quand il s'agissait de tiers acquéreurs successifs. Elles sont l'application du principe que le droit de rétention ne confère au rétenteur aucun privilège, et que, même si la loi a constitué, par une disposition exceptionnelle, le nouvel acquéreur débiteur des impenses faites par le possesseur, cette créance, pas plus que la garantie qui l'accompagne, ne doit être considérée comme une charge réelle susceptible de nuire aux créanciers du propriétaire.

Les principes du droit allemand relatifs au droit de saisie des créanciers nous amènent à faire la même distinction que tout à l'heure entre les meubles et les immeubles.

1^o *Pour les meubles*, l'article 809 du Code de procédure civile d'Allemagne ne permet la saisie-exécution que sur les meubles qui sont en la possession du débiteur. Or, comme le bien mobilier retenu est forcément en possession du rétenteur et non pas du débiteur saisi, les créanciers doivent — pour pouvoir faire vendre la chose — revendiquer sa restitution en intentant contre le rétenteur l'action en revendication qui appartenait à leur débiteur. Ils n'ont pas d'action propre de leur chef pour demander la restitution, dès lors, quand ils mettent en mouvement celle de leur débiteur, le droit de rétention leur est opposable, comme il l'aurait été au débiteur même (1). Nous verrons cependant que, si le débiteur tombe en faillite, le

(1) V. R. G. R. Kommentar (Code commenté par les conseillers du Reichsgericht) ad § 1000, note 2.

droit de rétention perd toute son efficacité, comme étant contraire au principe de l'égalité qui doit régner entre tous les créanciers de la faillite.

2° S'agit-il d'un *immeuble*, la possession par un tiers ne met nullement obstacle à la saisie immobilière. Les créanciers saisissants ne doivent respecter que le privilège des créanciers hypothécaires inscrits. Le rétenteur pourra faire valoir la créance personnelle qu'il a contre le propriétaire, mais son droit de rétention ne rend sa situation nullement meilleure ; il sera primé par le créancier qui poursuit l'exécution et, à plus forte raison, devra-t-il respecter le privilège des créanciers hypothécaires.

On pourrait se demander, vu la nature spéciale de la créance en remboursement des impenses opposable à quiconque dépossède le possesseur créancier des améliorations faites sur l'immeuble, si le tiers adjudicataire ou les créanciers poursuivant la saisie ne deviennent par là-même débiteurs de cette créance.

En ce qui concerne l'adjudicataire, l'article 93, alinéa 2, de la loi sur la saisie immobilière (1) le dispense en termes formels de l'obligation de rembourser les impenses faites *avant* l'adjudication ; pour les impenses postérieures à l'adjudication le droit commun reprend son empire, il devra les rembourser et le droit de rétention du possesseur empêchera l'adjudicataire de prendre possession de son immeuble avant de les avoir acquittées.

(1) Zwangsversteigerungsgesetz.

Mais la loi ne statue qu'en ce qui concerne le tiers adjudicataire et elle ne dit mot des créanciers qui poursuivent l'expropriation. On a soutenu, dans une opinion, que ceux-ci ne pourraient pas procéder à la vente de l'immeuble, avant d'avoir désintéressé le possesseur des impenses faites sur cet immeuble. C'est ce qui a été jugé par la Cour de Hambourg, dans un arrêt ancien rendu peu après la mise en application du nouveau Code (1).

Mais, depuis cet arrêt isolé, qui paraît d'ailleurs avoir été cassé par le Reichsgericht (2), une jurisprudence constante (3) refuse toute créance contre les créanciers poursuivants, qu'il s'agisse d'un simple possesseur ou d'un tiers détenteur obligé de subir l'expropriation. Ce dernier — étant donné qu'une disposition analogue à l'article 2175 deuxième disposition du Code civil n'existe pas en droit allemand — sera réduit au recours qu'il a contre le débiteur principal (4).

(1) Hamburg, 10 déc. 1903, O. L. G., 8, 116.

(2) Ce paraît être un arrêt au 24 oct. 1904, mais qui n'a été nulle part publié. V. R. G. R. Kommentar ad § 1000 *in fine*.

(3) R. G. 71, 424 ; Seuff. A. 68, 427 ; O. L. G. 22, 272.

(4) La question de savoir si la dépossession du rétenteur par les créanciers saisissants équivaut à la prise de possession de l'immeuble par le propriétaire pour engendrer la créance personnelle contre celui-ci, n'a fait, à notre connaissance, l'objet d'aucune décision judiciaire. Le problème s'est posé devant le Reichsgericht (R. G. 71, 424 précité), mais la Cour n'a pas discuté au fond, car il s'agissait d'un créancier hypothécaire, et, même si cette créance était admise, elle ne pourrait être que chirographaire et serait forcément primée par la créance hypothécaire.

En somme la question de l'opposabilité aux tiers du droit de rétention est réglée en Allemagne d'une manière harmonieuse et logique.

Droit personnel, le droit de rétention ne peut être opposé qu'au débiteur, à ses héritiers et successeurs universels.

Quant aux ayants cause à titre particulier et aux créanciers chirographaires, on distingue entre ceux qui exercent une action de leur chef et ceux qui mettent en mouvement une action de leur débiteur, et, par la simple application du droit commun, le droit de rétention devient opposable à ces derniers.

On sacrifie peut-être, en cas de saisie-immobilière, les intérêts du possesseur créancier pour impenses, mais on sauvegarde en revanche, par là même le respect dû à la publicité des droits réels immobiliers, et on rend presque absolue la sécurité du crédit hypothécaire.

§ 2. — L'opposabilité du droit de rétention aux tiers dans la pratique française.

En France, la question de l'opposabilité aux tiers, loin d'avoir reçu une solution aussi simple et satisfaisante qu'en Allemagne est encore à l'état d'incertitude et il est difficile de parler d'un système qui soit adopté par la doctrine et la jurisprudence et qui soit assis sur des bases juridiques solides.

Nous avons fait allusion déjà plus haut au fait que

le débat sur les effets du droit de rétention à l'égard des tiers est porté sur un autre terrain, celui de la réalité ou de la personnalité de ce droit (1). Cependant aucun des auteurs qui admettent la réalité du droit de rétention ne veulent lui faire produire un droit de préférence ou un droit de suite, mais ils veulent justifier tout simplement son opposabilité aux acquéreurs et aux créanciers chirographaires.

La doctrine moderne s'accorde plutôt à admettre qu'il est personnel, mais qu'il produit tout de même certains effets à l'égard des tiers (2); aucune de ces théories ne repose cependant sur un fondement inébranlable. Il existe en effet certains droits personnels qui sont tout de même opposables aux acquéreurs successifs de la chose sur laquelle ils portent, le droit du locataire notamment, mais dans ces cas-là une intervention du législateur a été nécessaire. Or, si on laisse de côté les textes relatifs à l'antichrèse qu'on invoque trop facilement à l'appui de l'opposabilité, la loi ne parle nulle part d'un droit de rétention opposable aux tiers. Seule la solution radicale de Laurent de la personnalité du droit de rétention ne heurte point le sentiment juridique, mais elle enlève en revanche au droit de rétention toute son efficacité. Voici l'argumentation de Laurent (3) : « On dit bien que le droit

(1) Se prononcent pour la réalité : Glasson, Guillouard, Mourlon, Pont, etc.; pour la personnalité : Baudry-Lacantinerie et de Loynes et surtout Laurent.

(2) PLANIOL, *op. cit.*, t. II, n° 2536; COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, p. 777; AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. III, § 256 bis.

(3) LAURENT, *op. cit.*, t. XXIX, n° 292.

de rétention est une garantie, et que, pour être efficace elle doit être réelle. Mais les interprètes qui font ce raisonnement devraient commencer par prouver que le législateur a voulu donner une garantie complète à ceux qui jouissent du droit de rétention. S'il l'avait voulu il leur aurait accordé un privilège armé du droit de suite ; or on convient que le rétenteur n'a ni privilège, ni droit de suite. Ce sont donc les interprètes qui supposent que la garantie doit être complète et qui, de là, concluent qu'elle doit être réelle ».

M. Cassin a tenté cependant de rompre avec la tradition et au lieu de se ranger du côté de la personnalité ou de la réalité ; il cherche à résoudre le problème en le scindant en deux.

Selon M. Cassin il faut nettement distinguer le droit de rétention fondé sur la connexité matérielle (celui pour impenses faites sur une chose ou pour un dommage causé par elle) et celui qui repose sur la connexité juridique qui n'est autre que l'ex. n. a. c.

En ce qui concerne cette dernière, M. Cassin conclut franchement « que le problème de savoir à quels tiers peut être opposée l'ex. n. a. c. n'a pas, dans notre droit actuel, une solution parfaitement solide sur le terrain du droit positif, et en même temps harmonieuse et équitable » (1) mais quant au droit de rétention proprement dit il se rallie sans hésiter au système de la réalité et il admet que ce droit peut être opposé aux tiers acquéreurs du bien, aux créanciers chirographai-

(1) CASSIN, *op. cit.*, p. 706.

res et même aux créanciers hypothécaires postérieurement inscrits.

Voici son argumentation : « ce qui nous détermine au contraire à lui en attribuer un (caractère réel), c'est que toute personne, qui est débitrice du remboursement des impenses de conservation et d'amélioration accomplies pour la chose, est obligé de respecter ce droit de rétention. Or précisément toute personne devient débitrice de ces diverses créances par cela seul qu'elle est propriétaire de la chose conservée, améliorée ou transmise, *et* qu'elle se présente avec cette qualité pour réclamer au détenteur l'abandon de la possession. La créance, comme la sûreté dont elle est assortie, constitue donc une sorte de *charge réelle* qui suit la chose dans quelque patrimoine qu'elle passe, opposable *propter rem* à quiconque en devient propriétaire, à quelque moment qu'il ait acquis cette propriété, *parfois même en l'absence de tout enrichissement de sa part*, mais à laquelle peut se soustraire, par l'abandon de sa propriété, toute personne, qui n'est pas devenue en outre débitrice personnelle à *un autre titre*, par suite d'un contrat ou d'un quasi-contrat (1).

Ce raisonnement de M. Cassin est à la vérité très logique ; il est tout à fait exact que le droit de rétention pour impenses est opposable à toute personne qui revendique la chose réparée ou améliorée, en qualité de propriétaire, et à cet égard il se ressemble parfaite-

(1) CASSIN, *op. cit.*, p. 667.

ment à un droit réel ; il le dépasse même quant à ses effets, car le droit de rétention est opposable même au *verus dominus*, tandis qu'un droit de gage par exemple, constitué sur une chose dont le débiteur n'était pas propriétaire, peut ne pas l'être toujours,

Mais ce caractère de réalité est-il en réalité propre au droit de rétention ? M. Cassin commence son argumentation par une affirmation très exacte en disant que tout débiteur est obligé de respecter le droit de rétention ; et il est également très exact que toute personne qui revendique la chose en qualité de propriétaire devient, par là même, débiteur. Mais au lieu de conclure que le droit de rétention est opposable à tout propriétaire et qu'il est donc forcément réel, nous aurions préféré dire qu'il n'est opposable qu'au débiteur même.

Si ces deux qualités de débiteur et de propriétaire se confondent et se trouvent réunies sur la tête de la même personne, ce n'est pas à la suite d'un caractère qui soit propre au droit de rétention, mais c'est à cause de la nature particulière de cette créance des articles 555 et 570 du Code civil *in rem scripta*, qui est opposable à quiconque revendique la chose en qualité de propriétaire, même en dehors de tout enrichissement de sa part. Conclure de là que le droit de rétention est réel, nous semble confondre la créance avec la garantie qui l'accompagne.

Mais M. Cassin ne s'arrête pas là. Une fois établie la réalité du droit de rétention il applique ce principe dans toutes ses conséquences logiques.

En laissant de côté les acquéreurs successifs de la chose, qui sont tous également débiteurs, le droit de rétention sera opposable aux créanciers chirographaires. « Puisque la chose est grevée dans son patrimoine (du débiteur) par un droit réel de rétention, ils sont obligés de le respecter, sans qu'il y ait lieu à distinguer entre ceux dont le titre est antérieur et ceux dont le titre est postérieur à celui du rétenteur » (1) ; même solution en ce qui concerne la masse de la faillite du débiteur.

En ce qui concerne les créanciers hypothécaires M. Cassin est encore plus radical. Il penche vers la solution tendant à les constituer débiteurs directs des impenses, par argument d'analogie tiré de l'article 2175 du Code civil, et comme tels ils se verront opposer le droit de rétention indépendamment de la date de l'inscription de leur titre (2).

Naturellement toutes ces solutions données par M. Cassin supposent résolu par l'affirmative le problème principal, celui de la réalité du droit de rétention. Or, cette solution ne nous paraît pas admissible. Il est contraire au principe de l'égalité, qui doit régner entre les créanciers du même débiteur, qu'on puisse créer des causes de préférence en dehors de celles admises par la loi et en outre il est inadmissible qu'en matière immobilière un droit réel soit opposable aux créanciers et aux acquéreurs du bien, sans avoir été

(1) CASSIN, *op. cit.*, p. 674.

(2) CASSIN, *op. cit.*, pp. 678 et 679.

l'objet d'une publicité prescrite par le législateur dans l'intérêt de ces tiers.

Ce serait bouleverser les principes essentiels du Code que de vouloir conférer un caractère de réalité à un droit qui, tel qu'il fonctionne aujourd'hui, n'a pu être, dans la volonté du législateur, que personnel. Ce serait rétrograder des siècles que d'admettre l'opposabilité du droit de rétention aux créanciers hypothécaires par exemple, ou aux acquéreurs d'un immeuble, et on ajouterait par là même encore une hypothèque occulte à la liste déjà trop longue des hypothèques légales et des privilèges immobiliers, qui viennent rendre illusoire l'efficacité d'un système de publicité des charges immobilières déjà assez défectueux.

Nous ne croyons donc pas que la réalité du droit de rétention fondé sur la connexité matérielle doive être admise et nous sommes d'avis qu'il ne diffère pas de celui qui repose sur la connexité juridique et que c'est par l'application des mêmes principes que la question de l'opposabilité aux tiers doit être résolue.

M. Cassin, qui avait éludé toute difficulté concernant le droit de rétention pour impenses en l'élevant au rang de droit réel, se montre particulièrement soucieux des difficultés quand il s'agit de préciser les effets de l'ex. n. a. c. et du droit de rétention qui puise son fondement dans une opération juridique.

Selon M. Cassin cette question comporte une réponse de principe très simple : *L'ex. n. a. c. est opposable à toute personne qui, munie ou non d'un droit propre, pénètre dans le rapport synallagmatique. Elle est au contraire*

inopposable à toute personne, dont l'action n'a pas le rapport synallagmatique pour support nécessaire (1).

Mais on s'aperçoit sans peine combien ce principe est moins précis et moins juridique aussi que celui qui sert de base en Allemagne à l'opposabilité du droit de rétention. En Allemagne il n'est pas besoin de recourir à des analyses aussi subtiles que pour l'application de ce principe ; dans chaque hypothèse il est facile de découvrir d'un seul coup d'œil si le créancier ou l'acquéreur exerce bien sa propre action ou une action de son auteur, tandis que l'application de la règle émise par M. Cassin prête à des difficultés pratiques considérables, car l'appréciation du point de savoir si l'action a ou non comme support le rapport synallagmatique est forcément subjective et ne peut pas servir de fondement à une règle de droit d'une portée vraiment pratique. En outre elle ne permet pas de faire la distinction établie en Allemagne entre les meubles et les immeubles et il est pourtant douteux que le législateur ait voulu imposer à l'acquéreur d'un immeuble le respect de toutes les conventions passées par son vendeur relatives à cet immeuble ; car, s'il l'avait voulu, il n'aurait nullement dû faire une « exception » pour le preneur dans l'article 1743, si le bailleur avait pu arriver aux mêmes résultats en donnant son immeuble en rétention conventionnelle.

La difficulté — nous dirions presque l'impossibilité — de donner une solution satisfaisante au point de

(1) CASSIN, *op. cit.*, p. 690.

vue juridique, sans priver en même temps le rétenteur du bénéfice du droit de rétention au moment où il en aurait le plus besoin, réside d'un côté dans l'effet translatif de la vente en matière mobilière, qui confère à l'acquéreur, par le seul fait du concours des volontés, une action propre en revendication de la chose achetée, qui a peut-être comme « support nécessaire » le contrat conclu entre le vendeur et le rétenteur, mais qui reste malgré tout, au point de vue juridique, une action distincte et indépendante de celle qu'aurait eue son auteur contre le créancier qui exerce le droit de rétention. On invoque trop facilement que *Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* et on oublie volontiers que cet adage n'est exact que lorsqu'il s'agit de droits réels.

L'article 2279, alinéa 1^{er}, qui n'a pas manqué non plus d'être invoqué à l'appui de l'opposabilité du droit de rétention en matière mobilière, ne protège que celui qui possède comme propriétaire ; or le rétenteur ne dit pas que « je garde le bien parce qu'il m'appartient », mais il dit « le bien est à vous, mais je ne veux pas le rendre avant que vous ne me payiez mon dû ». — D'ailleurs, même si l'on admettait une extension de cet article semblable à celle qui a été faite en faveur du créancier gagiste, la solution à laquelle on arriverait ne serait nullement satisfaisante. Elle serait équitable si le rétenteur avait devant lui un acquéreur de la chose retenue, mais elle consacrerait une flagrante injustice si l'on permettait à un simple détenteur précaire d'invoquer le bénéfice de l'article 2279 envers le

verus dominus revendiquant. Et pourtant il ne sera point possible de faire une distinction entre les deux.

En laissant de côté le caractère translatif de propriété de la vente, il y a encore un autre obstacle à ce qu'on puisse adopter en France le système allemand relatif à l'opposabilité aux tiers du droit de rétention.

Nous avons vu que les créanciers du débiteur ne peuvent procéder par voie de saisie-exécution que si le bien qu'ils veulent saisir se trouve en la possession du débiteur. S'il est, au contraire, en la possession d'un tiers — du rétenteur par ex., — ils doivent engager l'instance en revendication et ils seront forcément obligés de mettre en mouvement l'action en restitution qui appartient à leur débiteur.

En France, il n'en est pas de même. Quoique le procédé normal de saisie d'un bien en la possession d'un autre que le débiteur doive être la saisie-arrêt, — et les articles du code de procédure civile supposent toujours, pour le cas de saisie-exécution, que le bien est entre les mains du débiteur ou de son préposé —, la jurisprudence admet cependant que les créanciers peuvent saisir et faire vendre un bien qui est en la possession d'un tiers, pourvu qu'il soit facilement reconnaissable dans son patrimoine (1). Les tribunaux admettent même qu'on peut saisir une chose mobilière donnée en gage, à la condition de respecter le privilège du créancier gagiste (2).

(1) GARSONNET et CÉZAR-BRU, t. IV, n° 265 et ss.

(2) Paris, 24 juin 1869, D. 70. 2. 11 ; Pau, 28 mars 1892, S. 93. 2. 225.

Quand les créanciers procèdent par voie de saisie-exécution, c'est bien une action qui leur est propre qu'ils exercent en vertu du droit de gage général que leur confèrent les articles 2093 et 2094 et ce n'est nullement une action de leur débiteur qu'ils mettent en mouvement conformément à l'article 1166 du Code civil.

Or, si le droit de rétention inhérent au gage ne doit pas être respecté d'après la jurisprudence française, comment prétendrait-on qu'un simple droit de rétention doive l'être? C'est pourtant cette solution qui a prévalu en jurisprudence, et nous ne pouvons que l'approuver.

Il est curieux de constater que, quoique sur le terrain du droit positif, aucune distinction ne puisse être faite entre les meubles et les immeubles et qu'on doive admettre la saisie-exécution de la même manière qu'un droit de rétention ne peut pas empêcher le cours d'une saisie immobilière, les tribunaux français font tout de même cette distinction, et arrivent — sans pouvoir cependant s'appuyer sur des arguments aussi solides que ceux d'Allemagne — à donner des solutions identiques.

Nous n'envisagerons pas la situation de tous les tiers, qui peuvent être en conflit avec un rétenteur, car en ce qui concerne les tiers complètement étranger (*verus dominus* par ex.) d'un côté, les héritiers, successeurs, cessionnaires de l'autre, aucun doute n'est possible, mais nous tâcherons surtout de voir les solutions données par la jurisprudence française, relative-

ment aux acquéreurs de la chose, aux créanciers chirographaires et aux créanciers hypothécaires.

1. La jurisprudence admet presque unanimement (1) que le droit de rétention, même celui fondé sur la connexité juridique peut être opposé à l'acquéreur de la chose retenue (2). Toutes les décisions rendues portent sur des meubles et les motifs invoqués à leur appui sont faibles et sans grande valeur. Les tribunaux invoquent très légèrement à l'appui de leurs décisions le fait que l'acquéreur n'est que l'ayant-cause de son vendeur et qu'il ne peut pas avoir plus de droits que celui-ci. Or, comme nous l'avons dit déjà, l'adage *Nemo plus juris*, etc. n'est exact que s'il s'agit d'un droit réel. La preuve nous en est donnée par l'article 1743 du Code civil, dont la disposition a été nécessaire pour que le droit du locataire fût opposable au nouvel acquéreur de l'immeuble.

L'article 1749 du Code civil est aussi invoqué quelquefois à l'appui de cette solution. Mais cet article, qui permet au preneur de se maintenir sur les lieux loués tant que l'indemnité stipulée dans le bail ou, à son défaut, dans la loi par les articles 1744 et suivants ne lui a pas été payée, n'est pas plus édifiant que l'article 1743. A notre avis, nous sommes en présence d'une stipulation pour autrui. Le bailleur (stipulant) a

(1) V. cependant en sens contraire Rouen, 12 déc. 1851, S. 53. 2. 299; Paris, 13 avr. 1892, D. 93. 2. 228.

(2) Req. 23 mai 1881, S. 81. 1. 312; civ. 12 mai 1903, S. 05. 1. 312; Trib. Saint-Denis de la Réunion, 14 mars 1865, sous Req., 8 déc. 1868, D. 69. 1. 272.

inséré dans le contrat conclu avec le preneur (promettant) une disposition au profit du tiers acquéreur éventuel de la chose qui joue le rôle de bénéficiaire. En usant de la faculté qui lui a été réservée par le bail, le tiers bénéficiaire a entendu donner son acceptation, déclarer vouloir profiter de la stipulation faite à son profit. Mais, malgré la théorie du droit direct en matière de stipulation pour autrui, l'engagement du promettant a pris naissance dans le contrat conclu entre lui et le stipulant et c'est ce contrat qui en détermine la nature et la validité (1). Le promettant peut opposer à la poursuite du tiers bénéficiaire tous les moyens de défense résultant du contrat et notamment le défaut d'exécution de l'engagement pris par le stipulant à son égard. Dans notre hypothèse le locataire ou fermier n'a entendu signer le bail, en vertu duquel le nouvel acquéreur éventuel aurait le droit de l'expulser, qu'en sachant qu'à défaut de stipulation expresse fixant le montant de son indemnité, il aura le droit d'exiger le paiement de l'indemnité légale dont le montant est réglé par les articles 1744 à 1748 du Code civil. C'est le paiement de cette somme qui sert de cause à son engagement, et c'est plutôt d'une exc. n. a. c. proprement dite que d'un droit de rétention que le locataire peut se prévaloir.

Mais, si cette interprétation que nous venons de donner à la disposition de l'article 1749 du Code civil nous dispense de la considérer comme une dérogation

(1) V. COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, p. 329.

au droit commun, elle ne peut point être étendue par voie d'analogie à d'autres hypothèses ; bien au contraire elle n'est qu'un complément de l'article 1743 qui rend le bail opposable au nouvel acquéreur, et, quoi qu'on en dise, ce dernier texte contient une disposition dérogatoire et il doit rester de droit strict.

Nous croyons que, par argument *a contrario* tiré de l'article 1743, le droit de rétention portant sur un immeuble ne doit pas être opposable au nouvel acquéreur, car, en matière immobilière, les principes sur la publicité des charges grevant un immeuble sont plus sévères et ce serait porter une grave atteinte à ce principe que d'admettre l'opposabilité du droit de rétention, sans publicité, au nouvel acquéreur.

En dehors de conflits entre l'acheteur de l'immeuble et des locataires ou des rétenteurs pour impenses desquelles cet acheteur sera tenu comme débiteur on ne trouve guère des décisions tranchant des conflits entre un bénéficiaire d'un droit de rétention fondé sur la connexité juridique et un acquéreur de l'immeuble. Mais nous ne croyons pas que l'opposabilité du droit de rétention, admise maintes fois en matière mobilière par la jurisprudence française, puisse être étendue aux hypothèses où il s'agit d'un immeuble (1).

(1) Il existe cependant un arrêt de la Chambre des Requêtes du 16 mars 1886 (S. 90. 1. 507) qui refuse le droit de rétentions, sur les pièces d'un dossier, à l'avoué d'une partie qui avait perdu le procès, à l'encontre de la partie gagnante. Il s'agissait — d'après la relation laconique du recueil — d'une « *poursuite immobilière* ». Il est bien difficile de fonder une conclusion sur cet arrêt.

La réglementation donnée au contrat d'antichrèse, la disposition de l'article 1743 qui reste un texte exceptionnel, le régime de la publicité des charges réelles immobilières, nous fournissent autant d'arguments contre une pareille extension.

Même s'il s'agit de meubles, la solution adoptée par la jurisprudence française ne repose pas sur un fondement bien solide. Il y a un seul principe qui puisse la justifier, c'est celui que le vendeur d'un meuble a dû transférer avec la propriété de la chose également l'action personnelle en restitution qu'il avait contre le détenteur, mandataire, preneur, commodataire, dépositaire, etc. et c'est à cette action que le rétenteur pourra opposer le droit de rétention, qui lui appartenait contre le vendeur (1). C'est en somme la solution allemande, mais reposant sur une base beaucoup moins solide, car, en France l'acquéreur de meubles comme l'acquéreur d'immeubles auront sans distinction l'action en revendication qui appartient à tout propriétaire et, à celle-ci, les exceptions personnelles du possesseur contre le vendeur ne pourront pas être opposées.

II. La même difficulté surgit quand il s'agit de trancher le conflit qui peut naître entre le créancier rétenteur et les autres créanciers du débiteur.

a) Quant aux *créanciers chirographaires*, on résoud d'habitude la question en disant que ceux-ci ne peuvent pas avoir plus de droits que leur débiteur (2).

(1) CASSIN, *op. cit.*, pp. 704 et 705.

(2) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, p. 777.

Cette affirmation est vraie dans l'hypothèse de l'article 1166 du Code civil, quand les créanciers mettent en mouvement les actions de leur débiteur, et il va de soi que ces actions restent entachées, entre les mains des créanciers, des mêmes vices, dont elles l'auraient été si elles avaient été exercées par le débiteur même.

Mais, raisonner ainsi, ce n'est envisager qu'un seul côté du problème. Les créanciers chirographaires peuvent en réalité exercer un droit qui leur est propre, celui des articles 2092 et 2093 du Code civil, qui leur confèrent un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur, et le principe de l'égalité qui doit régner entre tous les créanciers du même débiteur ne reçoit exception que s'il existe une de ces causes légitimes de préférence visées par les articles 2093 et 2094. Or, le droit de rétention ne figure pas parmi celles-ci.

Si l'on admet la réalité du droit de rétention, tout est très simple. Les créanciers chirographaires pourront saisir et faire vendre le bien retenu, mais devront respecter le droit de rétention et ils seront obligés de payer la créance du rétenteur pour pouvoir procéder à la vente. Mais cette solution ne peut pas être admise, surtout en matière immobilière, car ce serait déjouer d'une manière trop grossière les dispositions prises relativement à l'antichrèse par la loi de 1855.

La jurisprudence paraît bien faire cette distinction entre les meubles et les immeubles. Elle a eu souvent l'occasion de se prononcer sur l'opposabilité du droit de rétention aux créanciers chirographaires constitués en une masse dans la faillite du débiteur et on peut

dire qu'elle se prononce dans son unanimité pour l'opposabilité (1), quand le bien retenu est un meuble.

A plus forte raison devrait-on admettre que le droit de rétention sera opposable au créancier qui procède à la saisie d'un bien qui n'est pas en la possession de son débiteur. Il sera forcé de demander d'abord la délivrance du bien, et il le fera en exerçant l'action de dépôt de mandat, etc., qui appartient à son débiteur ; et à celle-ci les mêmes exceptions seront opposables que si elle se trouvait mise en mouvement par le débiteur. La jurisprudence paraît bien accueillir ce point de vue, car, dans les hypothèses où elle admet que l'objet du gage est saisissable entre les mains du créancier gagiste, elle appuie sa décision sur le fait que le créancier gagiste n'éprouvera aucun préjudice à raison de la vente, car son droit de préférence lui permettra d'être payé avant les créanciers saisissants (2). Cette « exception », qu'elle fait en ce qui concerne le créancier gagiste, prouve bien qu'en règle générale le droit de rétention sera opposable aux créanciers poursuivants.

En matière immobilière au contraire la délivrance du bien par le possesseur ne sera point nécessaire. La saisie immobilière poursuivra son cours et l'adjudicataire ne devra respecter que les droits réels ou ceux qui lui sont rendus opposables par la loi, et, à notre

(1) Douai, 17 déc. 1877, D. 78. 5. 412 ; Douai, 11 fév. 1904, D. 07. 2. 182 ; Lyon, 27 août 1849, S. 49. 2. 557 ; Trib. com. Nantes, 26 mars 1920, S. 21. 2. 32.

(2) Pau, 28 mars 1892, S. 93. 2. 225.

sens, les créanciers ne pourront être primés ni directement ni indirectement que par les créanciers privilégiés et hypothécaires.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour de Chambéry de 1864 (1). A la suite de la rescision pour lésion de la vente d'un immeuble, l'acheteur prétendit retenir l'immeuble jusqu'au remboursement du prix par lui versé. Les créanciers du vendeur, en procédant à la saisie de l'immeuble, se virent opposer le droit de rétention de l'acheteur qui était en possession. La Cour trouve le possesseur mal fondé dans son exception et voici ses motifs, pleins de bon sens et parfaitement juridiques : « Attendu enfin que le droit de rétention, n'étant point un droit réel, mais un simple droit mobilier analogue à celui de l'antichrèse, ne peut porter préjudice aux droits des tiers..., que le tribunal se fondant sur une saine doctrine, ne saurait s'arrêter à cette considération que le créancier n'est poursuivant que depuis 1863, postérieurement à la rescision ; qu'il suffit que Guichet soit créancier pour qu'il soit fondé à demander la continuation de ses poursuites ; — *qu'au surplus l'exception de rétention opposable au débiteur ne peut tourner contre des tiers, au détriment desquels elle n'a pas été établie.* — Par ces motifs, ordonne la continuation des poursuites.

b) A plus forte raison ne peut empêcher le droit de rétention la saisie de l'immeuble par les créanciers hypothécaires, et, à notre sens, on ne doit faire à leur

(1) Chambéry, 6 août 1864, S. 65. 2. 48.

égard aucune distinction entre ceux dont le titre est antérieur ou postérieur à la prise de possession de l'immeuble par le rétenteur.

On pourrait être tenté, non pas d'admettre que le droit de rétention leur soit opposable, mais de les considérer — en cas d'impenses faites sur l'immeuble exproprié — comme débiteurs mêmes de ces impenses. L'article 2175 rend en effet les créanciers hypothécaires débiteurs de la plus-value que le tiers détenteur a procurée à l'immeuble par ses impenses.

A notre sens, l'article 2175 contient une disposition exceptionnelle, prise dans l'intérêt du tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué obligé de subir l'expropriation, et il est contraire au principe que l'hypothèque s'applique à toutes les incorporations faites à l'immeuble d'en étendre le bénéfice à des simples détenteurs précaires.

C'est ce qui a été jugé par la Cour de Douai (1) et par la Cour de Bruxelles (2), qui a privé du bénéfice de l'article 2175 du Code civil le propriétaire qui n'avait pas encore transcrit son titre.

Une autre solution aurait été inadmissible, elle eut été contraire à l'intérêt de la sécurité du crédit hypothécaire. Constituer les créanciers hypothécaires débiteurs des améliorations faites par un possesseur serait conférer à celui-ci une situation meilleure qu'au tiers détenteur, qui ne peut répéter que la plus-value des

(1) Douai, 18 mars 1840, S. 40. 2. 290.

(2) Bruxelles, 3 juin 1885, D. 86. 2. 174.

impenses faites par lui. Même pour la créance de l'article 2175, la jurisprudence s'est rendu compte qu'admettre un droit de rétention, serait entraver l'exercice de l'action hypothécaire, et elle confère au tiers détenteur un droit de distraction sur le prix de l'immeuble (1). Cette solution a pour elle le mérite de la simplicité.

§ 3. — Effets du droit de rétention dans la faillite du débiteur.

A l'étude des effets du droit de rétention à l'égard des tiers se rattache, d'une manière toute naturelle, celle de ses effets dans la faillite du débiteur. C'est à ce moment, quand le débiteur est tombé en déconfiture, que le créancier aura le plus besoin de la garantie que lui confère son droit de rétention, mais c'est à ce moment également que les autres créanciers en ressentiront davantage les inconvénients, car l'égalité à laquelle ils pourront prétendre sera définitivement rompue.

Il s'agit de choisir entre les deux intérêts opposés, car concilier les deux c'est impossible ; tout avantage consenti au rétenteur est pris forcément au détriment des créanciers.

Nulle part la différence entre la solution française et allemande n'est plus accentuée ; car on peut dire que

(1) Civ., 14 nov. 1881, S. 82. 1. 252 ; Paris, 24 juill. 1886, S. 87. 2. 79.

le droit de rétention, tel qu'il a été élaboré par la jurisprudence française, garde son entière efficacité dans la faillite, y produit les mêmes effets, comme si le rétenteur avait en face de lui le débiteur même, tandis que celui du B. G. B. ne pourra jamais être opposé au syndic.

En réalité telle est la solution qui se dégage de l'étude des deux jurisprudences à l'égard du droit de rétention *civil*, le seul dont nous nous sommes occupé jusqu'ici.

Mais ce serait donner une vue incomplète du problème que de nous borner de voir le fonctionnement du droit de rétention civil dans la faillite. Il est en effet très difficile de trouver une base de comparaison entre le droit français et le droit allemand, si l'on ne tient pas compte des deux circonstances suivantes :

1) D'abord, à la différence du droit français, en Allemagne la faillite n'est pas propre aux commerçants. La déconfiture civile est réglée de la même manière que celle d'un commerçant et la loi sur la faillite est unique pour les deux cas.

2) En second lieu — comme nous l'avons dit déjà à plusieurs reprises —, le droit de rétention du B. G. B. n'est pas le seul qui soit connu en Allemagne. Il existe en effet le droit de rétention du Code de commerce, assis sur des bases différentes et qui, très circonscrit quant aux personnes qui peuvent en bénéficier et quant à l'objet sur lequel il porte, produit en revanche des effets beaucoup plus étendus que celui du B. G. B.

Il est très circonscrit quant aux personnes qui en

peuvent bénéficier ; il faut en effet que les deux parties soient commerçantes et que l'acte auquel se rattache la détention de la chose et celui duquel est née la créance du rétenteur soient commerciaux pour les deux parties. La connexité requise pour l'admissibilité du droit de rétention du B. G. B. est remplacée par *la commercialité des deux créances*.

Tandis que la rétention du B. G. B. peut porter sur toute prestation quels que soient son objet et sa nature, celle du Code de commerce est restreinte aux objets mobiliers et aux papiers de commerce (1).

(1) Art. 369, C. com. all. (traduction Carpentier) : « à raison de créances échues qui lui compètent à l'encontre d'un autre commerçant, et qui dérivent d'un acte commercial des deux parts, tout commerçant peut exercer un droit de rétention sur les objets mobiliers et les valeurs du débiteur venues en sa possession avec l'agrément de ce dernier et à la suite d'opérations de commerce, pourvu qu'il soit encore détenteur desdits effets, et notamment, pourvu qu'il en puisse disposer par voie de connaissance, de bulletin de chargement ou de warrant.

Le droit de rétention s'exerce même si la propriété des effets dont il s'agit a été transférée du débiteur à ses créanciers ou a été transmise à ceux-ci par un tiers pour le compte du débiteur, mais à charge d'être cédée de nouveau à ce dernier.

Vis-à-vis des tiers, le droit de rétention subsiste, pourvu qu'on puisse leur opposer les mêmes exceptions qu'au débiteur s'il venait à revendiquer la chose.

Toutefois le droit de rétention disparaît, lorsque la rétention se trouverait en opposition avec l'accomplissement des instructions données par le débiteur soit avant la remise de la chose, soit au moment de cette remise ou avec le mandat accepté par le créancier de faire de cette chose un usage déterminé.

Le débiteur peut écarter l'exercice du droit de rétention en fournissant des sûretés ».

Son champ d'application ainsi délimité, le droit de rétention du Code de commerce produit en revanche des effets beaucoup plus étendus. Il n'est pas seulement un moyen passif de contrainte et une sûreté comme celui du B. G. B., mais il confère à son bénéficiaire le droit de se payer sur la chose retenue comme sur un gage (art. 371, al. 1^{er}) (1).

On pourrait le définir : *un droit de rétention « ex disparti causâ » renforcé par le « jus distrahendi », spécial entre commerçants pour leurs affaires commerciales, et qui ne peut porter que sur des meubles corporels, effets de commerce et titres ayant une valeur réalisable.*

En étudiant l'effet du droit de rétention dans la faillite d'après la loi allemande, il faut tenir compte de ces deux circonstances pour avoir une vue d'ensemble du sujet.

A la différence de l'exc. n. a. c., restreinte aux obligations nées d'un contrat synallagmatique parfait, qui garde son efficacité dans la faillite, en ce sens que le syndic ne peut pas demander l'exécution d'un contrat sans offrir de payer l'intégralité du prix stipulé, le droit de rétention proprement dit change, par l'effet de l'ouverture de la faillite, sa physionomie.

En réalité permettre au rétenteur de persévérer dans sa position défensive même après l'ouverture de la faillite qui doit tendre au dénouement de tous les rapports de droit qui existent entre le failli et ses créan-

(1) Art. 371, C. com., al. 1^{er} : « Le droit de rétention autorise le créancier à se payer sur la chose retenue »,

ciers, ce serait apporter une entrave à la liquidation rapide de l'actif du patrimoine du failli et ce serait en outre empêcher la réalisation de cette égalité qui doit régner entre tous les créanciers au moment où leur débiteur n'est plus dans l'état de faire honneur à ses engagements.

C'est en s'inspirant de cette considération que la loi sur la faillite (Konkursordnung) de 1875, modifiée et adaptée au nouveau code en 1898, réglemente, sur le terrain du droit positif, les effets du droit de rétention dans la faillite du débiteur.

Les termes de cette loi ne sont pas des plus clairs ; en effet elle ne contient aucun texte qui donne une réglementation d'ensemble du droit de rétention, mais il n'en est traité que d'une manière incidente dans l'article 49.

Cet article assimile aux créanciers munis d'un droit de gage conventionnel 1) le fisc quant aux objets sequestrés, 2) les bénéficiaires d'un droit de gage légal, 3) ceux qui ont fait des impenses sur une chose sur laquelle ils exercent un droit de rétention, mais seulement pour une somme qui ne pourra pas excéder la valeur de la plus-value qu'ils ont conférée à cette chose, et 4) ceux qui ont un droit de rétention conformément au Code de commerce.

Il faut ajouter immédiatement que cet article ne concerne que les meubles, car en ce qui touche les immeubles, l'article 47 de la même loi ne confère un droit d'exécution séparée (1) qu'aux créanciers qui

(1) (Absonderungsrecht). La traduction donnée au texte est

pourraient se prévaloir d'un droit de préférence en cas de saisie immobilière. Or nous savons que le droit de rétention, même s'il garantit des impenses faites sur l'immeuble, ne confère nullement un pareil droit.

On a beaucoup discuté sur l'interprétation à donner à ces deux textes et on s'est demandé, si la loi, en permettant aux créanciers visés par ces textes de poursuivre une exécution forcée en dehors de la faillite, a voulu leur enlever le droit de rétention, ou bien s'ils pourront l'opposer au syndic de la même manière qu'ils l'avaient fait à l'encontre du débiteur.

Quoique la doctrine ne se soit pas encore mise d'accord (1) et réclame un traitement plus favorable pour le rétenteur, le Reichsgericht s'est prononcé contre le rétenteur et il considère que, dans la faillite du débiteur, le droit de rétention ne peut produire d'effets que dans la limite de l'article 49 de la loi sur la faillite (2).

En ce qui concerne le droit de rétention fondé sur la connexité juridique ou conventionnelle, il ne peut pas être opposé à la faillite, pas davantage que ne le peut être celui fondé sur la connexité matérielle si la créance excède le montant de la plus-value visée par l'article 49 ; même solution si la chose retenue est un

prise à M. Percerou : Faillites et Banqueroutes. Paris, 1913, t. II, p. 72.

(1) WOLFF, *Das Zurückbehaltungsrecht im Konkurse L. Z.*, 08, 37.

(2) R. G. 15, 59 ; 20, 136 ; 29, 302 ; I. W. 98, 684 et not. R. G. 77, 436.

immeuble. Le rétenteur devra se dessaisir de l'objet et il subira pour sa créance le concours des autres créanciers du failli.

En somme, la jurisprudence allemande, logique avec la conception qu'elle se fait du caractère personnel du droit de rétention, sacrifie encore une fois le rétenteur, dans l'intérêt de la masse des créanciers et de la prompte liquidation du patrimoine du débiteur insolvable.

Le droit de préférence accordé par l'article 49 de la loi sur la faillite au créancier pour impenses ne constitue pas une exception au principe. Cette disposition ne rompt nullement l'égalité entre créanciers, car cette créance réduite à la plus-value procurée à la chose, réside sur l'idée d'enrichissement sans cause non pas du failli, mais de la masse et il est juste que le créancier bénéficie de cette faveur. La créance du rétenteur pour améliorations, surtout s'il s'agit d'impenses nécessaires, sera plus forte, mais, pour le surplus, il sera créancier « dans la masse » et non pas « de la masse ».

La seule exception qui soit vraiment importante est celle relative aux commerçants. Elle s'explique par la nature particulière du droit de rétention entre commerçants, qui est élevé, en cas de faillite du débiteur, au rang d'un véritable droit de gage. C'est une mesure prise d'un côté dans l'intérêt de la sécurité du crédit commercial et, de l'autre, pour éviter les conséquences fâcheuses que pourrait avoir l'exercice du droit de

rétention, dans sa forme défensive, sur la liquidation de l'actif du failli.

La loi allemande liquide, une fois la faillite ouverte, la position des rétenteurs ; elle les sacrifie en matière civile et se prononce pour eux s'ils sont des commerçants. Le critérium qu'elle adopte est sujet à discussion, mais le principe en lui-même est sans doute acceptable.

En France une réglementation du droit de rétention dans la faillite n'existe pas. Les articles 577 et 578 du Code de commerce et l'article 1613 du Code civil, relatifs à la situation spéciale du vendeur qui n'a pas encore livré la marchandise ou en général la chose vendue, concernent des cas d'exc. n. a. c., mais quant au droit de rétention, la loi ne dit mot.

La jurisprudence, souvent saisie de procès entre le syndic et un créancier rétenteur, se prononce toujours en faveur du rétenteur, sans qu'elle ait cependant un principe bien solide sur la matière.

Dans la majorité des hypothèses il s'agissait d'industriels qui avaient transformé des matières appartenant au failli, et leur droit de rétention fut reconnu opposable à la faillite du débiteur, comme il l'aurait été au débiteur lui-même (1).

Toutes ces décisions sont d'ailleurs très peu intéressantes au point de vue qui nous occupe, car elles ne

(1) Trib. Saint-Denis de la Réunion, 14 mars 1865, sous Req. 8 déc. 1868, D. 69. 1. 76 ; Douai, 17 déc. 1877, D. 78. 5. 412 et 11 fév. 1904, D. 07. 2. 182 ; Trib. com. Nantes, 26 mars 1920, S. 21. 2. 32.

contiennent aucune affirmation de principe sur la question de savoir si le droit de rétention est ou non opposable à la faillite ; c'est une question qui n'est même pas discutée. Il paraît être tout naturel que la faillite du débiteur ne modifie en quoi que ce soit la situation du rétenteur.

En réalité le débat est porté par le syndic lui-même sur un autre terrain. Au lieu de contester la légitimité de l'opposabilité du droit de rétention à la faillite, il conteste l'existence des conditions requises pour l'exercice du droit de rétention. La décision qui lui donne gain de cause ne sera point motivée par la considération que la faillite met obstacle à l'exercice du droit de rétention, mais elle se fondera sur l'absence d'une connexité suffisamment caractérisée (1).

La seule conclusion qu'on puisse tirer des arrêts rendus sur notre question est qu'en France le droit de rétention est opposable à la faillite du débiteur ; le rétenteur pourra rester sur ses positions et il devra attendre que le syndic demande la restitution du bien pour faire valoir, par voie de rétention, sa créance et ne pas être obligé de subir le concours des créanciers du failli.

Tel qu'il fonctionne aujourd'hui dans la faillite, le droit de rétention présente les pires inconvénients, et pour les créanciers réunis en masse, et pour le rétenteur.

(1) Trib. com. Tourcoing, 26 avril 1904, *Journal des faillites*, 1904, 522.

Le syndic ne pourra attirer le bien à la masse avant d'avoir fait l'avance des fonds nécessaire au paiement de la créance du rétenteur. Mais il peut arriver que le syndic ne veuille pas ou ne puisse pas faire cette avance.

Si la créance lui paraît hors de proportion avec la valeur de la chose retenue, il renoncera à attirer le bien dans l'actif, et le créancier sera alors obligé de garder indéfiniment une chose qui pourtant ne lui appartient pas.

Il est vrai que la jurisprudence vient quelquefois à son secours pour lui permettre de sortir de cette impasse, en reconnaissant l'existence soit d'un véritable gage, soit d'un privilège pour frais de conservation faits pour la chose retenue (1).

Mais ce ne sont que des expédients qui dénotent la précarité de la situation et qui ne peuvent servir que d'indices au législateur dans la voie qu'il devra suivre.

Une réglementation légale du droit de rétention dans la faillite s'impose en France. Le législateur devra ou nier tout effet du droit de rétention dans la faillite, ou au contraire le renforcer d'un droit de préférence sur le prix, si mieux il ne préfère adopter une solution transactionnelle semblable à celle consacrée par la loi allemande.

(1) Cass., 25 mars 1902, *Journ. des faillites*, 1902, 241 et Douai, 17 déc. 1877 précité.

CONCLUSION

A la fin de cette étude, il nous reste à fixer en quelques mots les conclusions qui se dégagent de cette étude comparative de la jurisprudence française et allemande sur le droit de rétention.

D'abord en France, en partant de quelques articles isolés, épars dans différents chapitres du Code civil et du Code de commerce, la jurisprudence ne s'est point laissée entraîner par les enseignements d'une doctrine, qui manquait elle-même d'un principe directeur uniforme ; mais, en employant la méthode classique de généralisation des textes de loi, elle est arrivée, par une évolution échelonnée sur un siècle, à dégager une théorie jurisprudentielle propre sur le droit de rétention.

Elle a admis sans aucune difficulté que celui qui a fait des constructions, plantations et améliorations sur le fonds d'autrui, ou qui a travaillé une matière qui ne lui appartenait pas, puisse refuser de se dessaisir de la chose qu'il a en sa possession jusqu'à ce qu'il soit remboursé des impenses, qui sont acquises au propriétaire de la chose principale par le seul fait de leur incorporation.

Conséquence de la perte de la propriété sur les valeurs incorporées, ce droit de rétention n'a pas besoin d'une justification juridique, car le lien entre la créance et la chose retenue est matériel, évident, palpable et une règle d'élémentaire bon sens s'oppose à ce que le propriétaire puisse entrer en possession de sa chose avant d'avoir indemnisé le possesseur de ses dépenses ou de son travail.

Telle paraît bien être la conception de la jurisprudence française sur la connexité matérielle. A ses yeux le *debitum cum re junctum* suppose comme support nécessaire une opération matérielle, une augmentation de la valeur objective de la chose, attestant le lien facilement reconnaissable de la confusion d'une partie du patrimoine du rétenteur avec celui du propriétaire. Ni une dette payée à la décharge d'une succession, ni un dommage causé par un objet n'ont ce caractère. L'appauvrissement de l'héritier apparent ou de la victime du dommage ne s'est pas traduit en une augmentation corrélative de la valeur objective de la chose à restituer ; les signes extérieurs manquent, et le droit de rétention est refusé.

Même ainsi délimitée, la rétention fondée sur la connexité matérielle n'a pas aux yeux du juge français le caractère d'un véritable droit, dont le défendeur pourra se réclamer contre quiconque le menace de lui arracher la possession du bien, elle a plutôt celui d'une faveur à laquelle il peut espérer prétendre à raison de certaines circonstances, de sa bonne foi, notamment, qui le rendent particulièrement dignes d'intérêt.

Tant que les tribunaux persévéreront dans leur pratique aussi illogique que constante de refuser son bénéfice au possesseur de mauvaise foi pour le remboursement de la créance que lui confère le code dans son article 555, l'appréciation forcément subjective de cette mauvaise foi, faite dans chaque espèce, confèrera au droit de rétention pour impenses ce caractère précaire de *faveur accordée par le juge* au possesseur victime de sa bonne foi.

En Allemagne au contraire, une conception large de la notion « d'impenses », expression par laquelle on entend toute dépense faite sur une valeur patrimoniale, quelle que soit sa nature ou sa forme extérieure, et un texte spécial relatif à la victime d'un dommage, permettent au possesseur créancier du revendeur de rester dans sa position défensive jusqu'au remboursement de sa dépense ou jusqu'à la réparation du dommage subi par lui.

Peu importe sa bonne ou sa mauvaise foi ; du moment que la loi lui confère une créance à raison de dépenses faites à l'occasion d'une chose, il opposera victorieusement l'exception de rétention à la revendication du propriétaire et il n'en pourra être privé que si la règle qui prime toutes les autres : *spoliatus ante omnia restituendus* le rend indigne d'en bénéficier.

Même différence de conception dans l'appréciation de la connexité juridique. La jurisprudence française, après avoir admis l'existence, dans l'esprit du Code civil, d'un droit général de rétention, aurait pu en élaborer une théorie aussi large qu'il lui aurait plu,

car aucun texte d'une portée générale n'y mettait obstacle.

Mais il n'en a rien été. Elle s'est au contraire figée sur les textes qui parlaient d'une manière formelle du droit de rétention, elle les a appliqués par voie d'analogie à des hypothèses voisines, mais sur lesquelles la loi n'avait pas statué expressément, et elle est arrivée peu à peu à dégager une théorie de la connexité qui repose sur le fondement du « même contrat unitaire » duquel les deux prestations opposées doivent être nées.

Comme dans les cas de connexité matérielle, le critérium est extérieur, facilement reconnaissable et ne peut pas prêter à équivoque. A défaut de deux prestations engendrées par le même contrat, unitaire au point de vue de sa forme, le droit de rétention n'est pas admis. Peu importe le lien intellectuel qui peut exister entre deux créances, issues d'opérations juridiques distinctes ; peu importe que l'équité, de laquelle on se réclame sans cesse quand il s'agit du droit de rétention, en soit violée ; le juge français craint d'abandonner la base solide que lui confère le critérium commode « du même contrat ». Il refuse d'entrer dans des appréciations subtiles pour découvrir une connexité intellectuelle inhérente à la qualité des parties ou à la nature des deux obligations ; il préfère être quelquefois moins équitable que d'ébranler la solidité de son système et, par là, la fermeté de sa pratique.

Le juge allemand se soucie peu de ces considérations. Il se rappelle à chaque instant que le droit de

réten-tion n'est qu'une exception de dol, appelée à faire respecter la bonne foi, la « loyauté et la confiance réciproque » qui doivent présider aux rapports entre les hommes, et l'idée large qu'il se fait de la connexité lui permet de conférer le bénéfice de la rétention chaque fois que l'équité le lui commande.

Poussée par ces considérations et sous l'influence du droit de rétention *ex dispari causâ* qu'elle voit fonctionner dans le domaine voisin du droit commercial, la jurisprudence allemande a fait bon marché du texte de loi qui lui a été imposé par le législateur, et l'interprétation qu'elle donne à la notion « du même rapport juridique » a dépassé comme souplesse même les prévisions les plus optimistes.

On est naturellement conduit à se demander quelle sont les causes qui expliquent cette différence entre la pratique française et allemande, quels sont les motifs qui déterminent les juges français à se montrer tellement circonspects quand ils sont appelés à accorder le droit de rétention, et qui les portent à y voir, à la différence de ceux d'Allemagne, plutôt une mesure exorbitante au droit commun qu'une exception de dol, qui a sa raison d'être suprême dans l'équité ?

A notre avis les causes de cette différence se ramènent à deux.

Tout d'abord, par le fait que les rédacteurs du Code civil français n'ont pas adopté une disposition analogue à celle du dernier alinéa de l'article 273 B. G. B., qui permet au créancier d'écarter le droit de rétention en offrant une sûreté équivalente — quoique cette

pratique paraisse avoir été connue par l'ancien droit français —, l'exercice du droit de rétention est extrêmement rigide.

La rétention d'une prestation hors de proportion avec celle qui est due pourra causer de graves préjudices à la partie à laquelle elle est opposée, et celle-ci, empêchée par un juste motif, peut-être, d'accomplir la sienne, n'aura aucun moyen légal de contraindre son adversaire à exécuter. Le droit de rétention, mesure d'équité, pourra devenir entre les mains d'un débiteur malhonnête, une arme brutale.

En second lieu, le caractère du droit de rétention a été dénaturé par la doctrine française. Trompé par la nature particulière de l'action en remboursement des impenses qui est opposable à toute personne qui revendique la chose améliorée, en qualité de propriétaire, on a conclu à la réalité du droit de rétention. D'exception personnelle qu'il a été à l'origine, le droit de rétention est devenu, aux yeux de la doctrine, une sorte de sûreté réelle ; la Cour de Chambéry exprime très bien cette conception en qualifiant la rétention comme un droit « plus énergique que le privilège lui-même ».

Devant la perspective de pareils effets, on s'explique que les tribunaux aient hésité à généraliser l'application d'un droit aussi dangereux pour la sécurité des transactions et pour les intérêts légitimes des tiers. La conception étroite de la connexité acquiert le caractère d'une prudence des plus fondées.

En Allemagne, par suite du caractère personnel de

l'exception de rétention, opposable seulement au créancier et à son cessionnaire et, par conséquent, de l'impossibilité de nuire en quoi que ce soit au crédit hypothécaire et de porter atteinte à la publicité des droits réels immobiliers, l'extension de son champ d'application, aussi large qu'elle soit, ne présente aucun danger bien sérieux tant qu'elle reste un moyen de défense dirigé contre le créancier qui, sans tenir compte de ses propres engagements, exige l'accomplissement de ceux de son débiteur.

Si jamais le législateur français voulait réglementer le droit de rétention dans son ensemble, ce n'est pas par la fixation de bornes rigides à son champ d'application qu'il devra procéder — l'impossibilité de trouver un critérium à la fois équitable et suffisamment explicite est largement prouvée par l'expérience allemande de 1900 — mais il fera bien de préciser les effets que ce droit produira à l'égard des tiers, d'en modifier le mécanisme dans la faillite et, pour le reste, de laisser au juge le soin de dégager, dans les innombrables hypothèses qui peuvent engendrer des rétentions, un critérium de la connexité qui soit vivant et aussi souple que la notion de l'équité qui lui sert de fondement.

Vu : *Le Président de la thèse,*
A. ROUAST.

Vu : *Le Doyen,*
H. BERTHÉLEMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

I. Droit français.

- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, t. III, 5^e éd. Paris, 1900.
- BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. — *Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, t. III, éd. Paris, 1906.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — De la société, du prêt et du dépôt, 3^e éd. Paris, 1907.
- BOBES. — Les cas d'application du droit de rétention. *Thèse Paris*, 1913.
- BRACQ. — Le droit de rétention (en droit allemand et en droit français). *Thèse Bordeaux*, 1907.
- CAPITANT. — *De la cause des obligations*, 3^e éd. Paris, 1927.
- CASSIN. — De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques. *Thèse Paris*, 1914.
- Note sous Douai, 25 nov. 1921, S. 22. 2. 25.
- CÉZAR-BRU. — *Théorie et pratique des voies d'exécution*, 3^e éd. Paris, 1927.
- COLIN. — Note sous Agen, 3 mars 1902, D. 02. 2. 241.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 4^e éd. Paris, 1924.
- DE DECKER. — *Etude sur le droit de rétention*. Bruxelles, 1909.
- DEMOGUE. — Des modifications aux contrats par volonté unilatérale. *Rev. trim. de dr. civ.*, 1907, p. 243 et ss.
- FERRON. — Note sous Req., 25 avril 1900, S. 01. 1. 193.
- GARSONNET et CÉZAR-BRU. — *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, t. IV, 3^e éd. Paris, 1913.
- GLASSON. — Du droit de rétention. *Thèse Strasbourg*, 1862.
- Note sous Req., 19 juill. 1904, S. 09. 1. 133.
- GUÉNÉE. — Note sous Civ., 25 janv. 1904, D. 04. 1. 601.
- GUILLOUARD. — *Traité du nantissement et du droit de rétention*. Paris, 1895.

- LABRÉ. — Note sous Req., 13 mai 1861, Palais, 61, 657.
- LACOUR. — Note sous Bordeaux, 18 janv. 1900, D. 01. 2. 73.
- LAROMBIÈRE. — *Théorie et pratique des obligations*, t. III. Paris, 1885.
- LAURENT. — *Principes de droit civil*, t. XXIX, 3^e éd. 1878.
- NAQUET. — Note sous Req., 17 juin 1914, S. 20. 1. 201.
- OLIER. — Etude historique et juridique des cas d'application de la rétention légale. *Thèse Toulouse*, 1894.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 9^e éd. Paris, 1923.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, t. III, « Les Biens » (avec le concours de M. Picard). Paris, 1926.
- PRET. — Du droit de rétention. *Thèse Poitiers*, 1879.
- REYNAUD. — De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques. *Thèse Paris*, 1906.
- RIPERT. — Projet de loi sur la navigation aérienne. *Rapport présenté à la Société d'Etudes législatives*. Paris, 1922.
- ROUAST. — Du droit de préférence résultant du rapport des dettes. *Rev. trim. de dr. civ.*, 1911, p. 687 et ss.
- SALEILLES. — *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil pour l'empire allemand*, 3^e éd. Paris, 1914.
- Les théories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement lorsque son adversaire, de son côté, n'exécute pas ses engagements. *Annales de droit commercial*, 1892, p. 287 et 1893, p. 24, 97 et 175.
- THALLER. — *Traité élémentaire de droit commercial*. 7^e éd. Paris, 1925.
- THALLER et PERCEROU. — *Des faillites et banqueroutes*, t. II. Paris, 1913.
- WAHL. — Note sous Bordeaux, 18 juin 1900, S. 04. 2. 137.

II. Droit allemand.

- ACHILLES et GREIFF. — *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*. 12^e éd. Berlin-Leipzig, 1928.

- ANDRÉ. — *Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages*. Leipzig, 1890.
- BLEYLER. — Das Zurückbehaltungsrecht nach dem Rechte des B. G. B. unter besonderer Berücksichtigung seiner geschichtlichen Entwicklung. *Thèse Rostock*, 1905.
- COSACK. — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 7^e éd. Jena, 1922.
- CROME. — *System des deutschen bürgerlichen Rechts*. Tübingen et Leipzig, 1902.
- DERNBURG. — *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*. 4^e éd. Halle, 1908.
- EHRENBERG. — *Handbuch des gesamten Handelsrechts*. Leipzig, 1929.
- ENDEMANN. — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. 8-9^e éd. Berlin, 1929.
- ENNECCERUS, KIPP et WOLFF. — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 6^e éd. Marburg, 1926.
- FISCHER-HENLE. — *Bürgerliches Gesetzbuch-Handausgabe*, 13^e éd. München, 1927.
- FREY. — Das bürgerliche und Kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. *Thèse Erlangen*, 1914.
- GOLDMANN, LILIENTHAL, STERNBERG. — *Das bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt*. Berlin, 1921.
- GRÜNEBERG. — Das Zurückbehaltungsrecht des B. G. B. unter besonderer Berücksichtigung der Konnexität. *Thèse Heidelberg*, 1911.
- HELLMANN. — *Lehrbuch des deutschen Konkursrechts*. Berlin, 1907.
- JAEGER. — *Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen*, 5^e éd. Berlin, 1914.
- JAECKEL. — *Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz*, 5^e éd. réédité par Güthe. Berlin, 1915.
- KUHLNBECK. — *Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch*. Berlin, 1899.
- LINDEMANN et SOERGEL. — *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, 2^e éd. Berlin, Stuttgart, Leipzig, 1923.
- LEVY. — *Konkursrecht*, 2^e éd. Berlin, 1926.
- LEVY (JAKOB). — Das Zurückbehaltungsrecht im Konkurse. *Thèse Heidelberg*, 1913.

- LUHMANN. — Die verschiedenen Fälle des Zurückbehaltungsrechts nach dem B. G. B. *Thèse Rostock*, 1918.
- MENTZEL. — Kommentar zur Reichskonkursordnung Mannheim, Berlin, Leipzig, 1926.
- MOTIVE. — *Zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich* (édition officielle). Berlin et Leipzig, 1888.
- MÜLLER-ERZBACH. — *Deutsches Handelsrecht*, 2-3^e éd. Tübingen, 1928.
- OERTMANN. — *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2^e éd. Berlin, 1908.
- PEILL. — Das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. *Thèse Rostock*, 1904.
- PLANCK. — *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, 3^e éd. Berlin, 1908.
- *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch* (édité par Strohal). 4^e éd. Berlin et Leipzig, 1928.
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches* (édité par Achilles, Gebhard et Spahn). Berlin, 1899.
- R.-G. RÄTE KOMMENTAR. — *Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts*, erläutert von Busch, Erler, etc., conseillers au Reichsgericht. 6^e éd. Berlin et Leipzig, 1928.
- REIMER. — Das Wesen der Konnexität beim Zurückbehaltungsrecht des § 273 des B. G. B. *Thèse Breslau*, 1926.
- SEUFFERT. — *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 8^e éd. München, 1903.
- STAUB. — *Kommentar zum Handelsgesetzbuch* revu par Koenige, Pinner et Bondi. 12-13^e éd. Berlin et Leipzig, 1926.
- STAUDINGER. — *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz*. 7-8^e éd. München-Berlin, 1912 ; 9^e éd. München, Berlin, Leipzig, 1926 (les volumes parus).
- STEIN. — *Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich*, 14^e éd. réédité par Jonas Tübingen, 1928.
- WARNEYER. — *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*. Tübingen, 1923.
- WOLFF. — *Kommentar zum Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung*. 3^e éd. Berlin, 1909.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS	1
INTRODUCTION	5
§ 1. — Les textes du Code civil français et la doctrine.	5
§ 2. — Les textes du B. G. B. relatifs au droit de rétention	18
§ 3. — L'exc. n. a. c. et le droit de rétention.	21
A. Leur confusion en France	21
B. Intérêt pratique de leur distinction en Alle- magne	27
CHAPITRE PREMIER. — <i>La connexité juridique</i>	35
§ 1. — Evolution historique de la jurisprudence française	35
§ 2. — Etat actuel de la jurisprudence française.	40
§ 3. — Origine de l'article 273, al. 1 ^{er} B. G. B.	49
§ 4. — Interprétation jurisprudentielle de l'al. 1 ^{er} de l'art. 273 B. G. B.	58
CHAPITRE II. — <i>La connexité matérielle et objective</i>	76
§ 1. — Le droit de rétention du possesseur qui a fait des constructions et améliorations sur le fonds d'au- trui	77
§ 2. — Le droit de rétention du façonnier	85
§ 3. — Le droit de rétention pour dépenses faites à l'occasion d'une chose.	95
§ 4. — Le droit de rétention pour dommages causés par une chose	104

	Pages
CHAPITRE III. — <i>La connexité conventionnelle.</i> . . .	108
CHAPITRE IV. — <i>Effets du droit de rétention à l'égard des tiers</i>	121
§ 1. — Effets du droit de rétention à l'égard des tiers dans la pratique allemande	124
§ 2. — L'opposabilité du droit de rétention aux tiers dans la pratique française.	133
§ 3. — Effets du droit de rétention dans la faillite du débiteur.	152
CONCLUSION.	163
BIBLIOGRAPHIE.	171

